



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

ROBERTO ALCÂNTARA DE OLIVEIRA ARAÚJO

**DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: a interpretação conforme a Constituição e a técnica de
decisões manipulativas aditivas pelo Supremo Tribunal Federal.**

**São Cristóvão-SE
2018**

ROBERTO ALCÂNTARA DE OLIVEIRA ARAÚJO

**DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: a interpretação conforme a Constituição e a técnica de
decisões manipulativas aditivas pelo Supremo Tribunal Federal.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – PRODIR, da Universidade Federal de Sergipe – UFS, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa n.º 1 – Processo de constitucionalização dos direitos e cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flávia Moreira G. Pessoa.

São Cristóvão-SE

2018

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

Araújo, Roberto Alcântara de Oliveira
A663d Declaração de (in)constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro : a interpretação conforme a Constituição e a técnica de decisões manipulativas aditivas pelo Superior Tribunal Federal / Roberto Alcântara de Oliveira Araújo ; orientadora Flávia Moreira G. Pessoa. – São Cristóvão, SE, 2018.
127 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2018.

1. Direito processual. 2. Legitimidade (Direito). 3. Poder judiciário. 4. Controle da constitucionalidade. 5. Jurisdição. I. Pessoa, Flávia Moreira G., orient. II. Título.

CDU 347.921:342.56

ROBERTO ALCÂNTARA DE OLIVEIRA ARAÚJO

**DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: a interpretação conforme a Constituição e a técnica de
decisões manipulativas aditivas pelo Supremo Tribunal Federal.**

Prof^a. Dr^a. Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Universidade Federal de Sergipe
Presidente

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso
Universidade Federal de Sergipe
Examinador interno

Prof. Dr. Giovanni Olsson
Universidade Federal de Santa Catarina
Examinador externo

Resumo

Com o amadurecimento social e a plenitude democrática, a sociedade passa a exigir do Estado a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna. O cerne do trabalho encontra-se no desrespeito ou não efetivação dos comandos fundamentais e na atuação do poder judiciário, que passou a exercer uma necessária atividade normativa, na missão de retificar tais determinações e omissões, promovendo a interpretação e aplicação da Constituição. E ao mesmo tempo em que garante a primazia dos comandos constitucionais, abre oportunidades para ambiguidades, incertezas e insegurança jurídica para os cidadãos e para a harmonia dos Poderes. Este trabalho objetiva chegar a conclusões, apontando que o conceito de democracia representa mais do que a simples regra majoritária e que o judiciário busca sua legitimidade na força argumentativa, mediante um processo justo e participativo, com o desiderato da efetividade dos direitos fundamentais e promoção do Estado Democrático de Direito, mediante técnicas de interpretação conforme a Constituição com eficácia manipulativa/modificativa aditiva, superando o conceito clássico de “legislador negativo”. Alargando ou restringindo o sentido da norma, muitas vezes a decisão judicial apresenta-se como modificativa do sentido normativo original estabelecido pelo poder legislativo, configurando hipótese de atuação pelo Judiciário como “legislador positivo”. A atuação criativa nas interpretações conforme a Constituição com eficácia manipulativa/modificativa é uma técnica de salvamento da lei ou ato normativo inconstitucional, bem como técnica de decisão. O enfoque nestas técnicas decisórias manipulativas das decisões declaratórias de (in)constitucionalidade coloca a problemática dos limites e condições da atuação do poder judiciário pátrio, com destaque ao Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chaves: Jurisdição Constitucional. Judicialização – Política. Constitucionalidade - Controle judicial. Legitimidade. Interpretação conforme a Constituição. Eficácia manipulativa e aditiva.

Abstract

With social maturation and full democracy, society is now demanding from the State the realization of the fundamental rights established in the Constitution. The core of the work is found in the disrespect or non-fulfillment of fundamental commands and in the Judiciary work, which began to exercise a necessary normative activity, in the mission to rectify such determinations and omissions, promoting the interpretation and application of the Constitution. Which, at the same time that guarantees the primacy of constitutional commands, opens up opportunities for ambiguities, uncertainties and legal insecurity for citizens and for the Powers harmony. This paper aims to reach conclusions, pointing out that the democracy concept represents more than the simple majority rule and that the Judiciary seeks its legitimacy in the argumentative force, through a fair and participatory process, with the desiderato of the effectiveness of fundamental rights and promotion of the Democratic State of Law, through interpretation according to the Constitution techniques with manipulative/modifying additive effectiveness, overcoming the classic concept of the "negative legislator". Extending or restricting the meaning of the norm, many times the judicial decision presents itself as a modification of the original normative sense established by the legislative power, configuring a hypothesis of acting by the Judiciary as a "positive legislator." The creative act in interpretations according to the Constitution with manipulative/modifying effectiveness is a technique of saving the law or unconstitutional normative act, as well as technique of decision. The approach in these manipulative decision-making techniques of (in)constitutionality declaratory decisions poses the problematic of the limits and conditions of the performance of the country's judicial power, with emphasis on the Federal Supreme Court.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Judicialization - Politics. Constitutionality - Judicial control. Legitimacy. Interpretation according to the Constitution. Manipulative and additive efficacy.

*“[...] Você me deu liberdade para meu destino escolher
e quando sentir saudades poder chorar por você.
Não vê minha terra mãe que estou a me lamentar.
É que eu fui condenado a viver do que cantar [...]”*
(Djavan. **Alagoas.**).

Àquele que me continua: meu filho Dudu.
Àquela que me completa: minha esposa Lydianne.

É hora de agradecer.

À energia Divina que nos move e sem à qual nada se cria ou realiza.

Uma jornada de dois anos não se completa sozinho. Várias pessoas contribuíram para que a partida e chegada fossem (dentro do possível) mais leve e tranquila.

Pessoas que sonharam, estudaram, trabalharam e superaram os obstáculos junto comigo, bem como que sentiram minha ausência em conversas, convívio e atenção...

Agradeço a paciência, compreensão, estímulo e inspiração que recebi e recebo da minha família, iniciando pela semente semeada por meu avô Neyder (Vô Ito).

À minha esposa Lydianne, que “se assusta”, mas “embarca” em meus planos, com o amor e o orgulho, recíprocos, dos destinos que os caminhos nos levam.

À meu filho Dudu, “companheiro” de estudos e inspiração.

Aos meus pais, José Roberto e Terezinha, e meus irmãos, Daniel e Thiago. São exemplos e porto seguro para mim.

Minha sogra Virginia e minhas cunhadas Cristiana e Lorena, pelo carinho e segunda casa.

Aos amigos que durante o curso ou até fora dele foram fonte de sugestões, críticas e ideias que, consciente ou não, contribuíram para o resultado de hoje: Haroldo Rigo, Otávio Abdala, Rodrigo Lisboa, Nelson Madeira, Eduardo Portela, Eliezer Junior, Fernando Luiz Dantas, Hercília Lima, Arthur Alcântara e Gustavo Tenório.

À atenção, supervisão e paciência da Prof^a. Dr^a. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, que deu o ritmo e rota ao presente trabalho.

Aos professores do programa de Mestrado pelos ensinamentos e companheirismo, especialmente aos Professores Drs. Carlos Augusto Alcântara Machado, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Henrique Ribeiro Cardoso, Jussara Maria Moreno Jacintho, Karyna Batista Sposato, Lucas Gonçalves da Silva e Ubirajara Coelho Neto.

Aos funcionários do PRODIR/UFS, em especial à Renata Ramos, pelo

carinho e prontidão.

Àqueles que me ajudaram a “tocar o barco” nas Comarcas de Arauá e Itabaianinha, SE: João Fontes, Thyago Gutierrez, Kleber Fonseca Júnior, Vivianne Aragão e Carla Oliveira.

Aos colegas de turma do Mestrado do PRODIR/UFS, que souberam transformar leitura, suor e lágrimas em páginas e páginas de trabalhos, artigos e dissertações, em nome da representante discente e amiga Emille Matos.

SUMÁRIO

Lista de abreviaturas	12
Introdução	14
 Capítulo 1. Ativismo judicial: fator de concretização dos direitos	19
1.1 A jurisdição no Estado liberal e o positivismo jurídico	19
1.2 A superação do princípio da legalidade formal	22
1.3 O poder de criação do juiz	29
1.4 A atuação jurisdicional contemporânea e o mito da separação de poderes	34
 Capítulo 2. Jurisdição constitucional: constitucionalismo e democracia	42
2.1 Estado Democrático de Direito, jurisdição e legitimidade	42
2.2 A legitimidade da jurisdição constitucional	50
2.3 Breves noções de teorias filosóficas constitucionais	58
 Capítulo 3. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação conforme a Constituição	63
3.1 O Supremo Tribunal Federal e o sistema de controle de constitucionalidade das normas	63
3.2 A interpretação conforme a Constituição e a inconstitucionalidade por omissão	69
 Capítulo 4. A técnica das decisões manipulativas com efeitos aditivos e o Supremo Tribunal Federal	78
4.1 Eficácias e conteúdos das decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional	78
4.2 Decisões manipulativas aditivas e substitutivas	82
 Conclusões	113
Referências	118

LISTA DE ABREVIATURAS

§	-	Parágrafo
abr.	-	Abril
AC	-	Acre
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ampl.	-	Ampliada
Art.	-	Artigo
art.	-	Artigo
atual.	-	Atualizada
CF	-	Constituição Federal
Cf.	-	Conferir
Coord.	-	Coordenador/Coordenadores
DF	-	Distrito Federal
DJ	-	Diário da Justiça
EC	-	Emenda Constitucional
ed.	-	Edição
HC	-	Habeas Corpus
jan.	-	Janeiro
jun.	-	Junho
MI	-	Mandado de Injunção
Min.	-	Ministro
MS	-	Mandado de Segurança
n°	-	Número
ONU	-	Organização das Nações Unidas
out.	-	Outubro
p.	-	Página
Pet	-	Petição
Rcl	-	Reclamação
RE	-	Recurso Extraordinário
Rel.	-	Relator
rev.	-	Revista
RJ	-	Rio de Janeiro

RR	-	Roraima
SE	-	Sergipe
SP	-	São Paulo
STF	-	Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

“Mergulhemos no Jordão constitucional”

(ASSIS, Machado. **Quincas Borba**.

São Paulo: Globo, 2008, p. 132).

O fenômeno da constitucionalização do direito acarretou a irradiação dos valores definidos na Carta Federal/1988, especialmente dos direitos fundamentais, por todo o ordenamento jurídico.

Na atual quadra histórica, diante da essencialidade dos direitos fundamentais, que representam conteúdos axiológicos positivados necessários ao gozo e exercício dos demais direitos; da sua universalidade, vista como direitos de todos, sem qualquer distinção; da natureza de indisponibilidade (imprescritibilidade e irrenunciabilidade), que não permite transferência, alienação, cessão ou anulação; e da expansividade ou dinamicidade, já que não se esgotam no rol da Constituição Federal/1988, conforme dicção do §2º do art. 5º, a Constituição do Estado não se contenta em ser mera declaração de direitos e pactos programáticos. Posiciona-se direta e imediatamente de forma eficiente e eficaz, na concretização de seus comandos, especialmente dos direitos fundamentais.

Tal alcance fora sentido na atividade de interpretação e aplicação do direito, cerne da função jurisdicional, que passou a exercer uma necessária atuação normativa diante das exigências do Estado Democrático de Direito e na efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, já em seu art. 5º, §1º, confere aplicação imediata às normas de direitos e garantias fundamentais, indo além ao estabelecer proteção contra atos ofensivos do legislador ordinário e até do poder constituinte reformador (art. 60, §4º, da CF/1988).

Compete ao Estado a efetivação dos direitos fundamentais, mediante a atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, lançando mão de prestações normativas e fáticas.

Quando em sua concretização o Estado (por qualquer de seus poderes) desrespeitar ou não efetivar os comandos fundamentais, cabe ao poder judiciário, guardião da Carta Magna, a missão de retificar tais determinações,

promovendo a interpretação e aplicação da Constituição Federal/1988.

Exercer tal missão, por vezes, coloca o magistrado no limite de invasão da esfera de competência dos outros poderes do Estado, pois promove os direitos fundamentais da minoria em face da maioria, numa postura aparentemente antidemocrática e que colocaria em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Além disso, esse reposicionamento das decisões judiciais como fonte primária do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que garante a primazia dos comandos constitucionais, pode abrir oportunidade para ambiguidades, incertezas e insegurança jurídica para os cidadãos que lançariam suas sortes a depender do magistrado ou órgão judicial interpretador ou aplicador da norma ao caso concreto.

O que aparenta ser um aspecto contrário ao conceito de democracia, funciona como elemento de reforço e efetividade da Constituição, funcionando como defesa e desenvolvimento da própria democracia.

Destarte, a presente pesquisa justifica-se diante dos limitados resultados obtidos pelos meios de interpretações constitucionais tradicionais, tais como os métodos histórico, científico, literal, sistemático e teleológico, que não oferecem ao magistrado, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de alargamento ou restrição do sentido da norma jurídica, visando a sua compatibilidade com a Constituição Federal/1988.

Em razão de tais situações, verifica-se que diversas Cortes Constitucionais estrangeiras, bem como o Supremo Tribunal Federal, buscam técnicas interpretativas e processuais que possam alcançar a efetivação de direitos e garantias fundamentais e aproveitar a lei ou ato normativo, encontrando significado compatível com a Constituição.

Como exemplos da atuação criativa por meio da técnica decisória manipulativa do Supremo Tribunal Federal têm-se a decisão dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, na qual fora determinada a aplicação aos servidores públicos das disposições da Lei Federal nº 7.783/1989, referente ao exercício do direito de greve na iniciativa privada; o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, sobre a perda do mandato eletivo por parte do parlamentar que muda de legenda partidária; a

decisão proferida na Pet 3.388/RR, na qual foram estabelecidos os contornos do usufruto dos indígenas sobre as terras demarcadas na Reserva Raposa Serra do Sol; entre outros.

Nestes casos de alargamento ou restrição do sentido da norma, muitas vezes a decisão judicial apresenta-se como modificativa do sentido normativo original estabelecido pelo poder legislativo, configurando hipótese de atuação pelo judiciário como “legislador positivo”.

A atuação criativa do poder judiciário nas interpretações conforme a Constituição com eficácia manipulativa/modificativa é uma técnica de salvamento da lei ou ato normativo inconstitucional, bem como técnica de decisão.

É o enfoque nestas técnicas decisórias manipulativas das decisões declaratórias de (in)constitucionalidade que coloca a questão ou problemática dos limites e condições da atuação do poder judiciário pátrio, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, bem como dos instrumentos processuais a disposição no nosso ordenamento jurídico para a promoção do Estado Democrático de Direito, especialmente os encontrados no Novo Código de Processo Civil/2015.

Eis os questionamentos: qual a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais nessas situações? Como encarar a estrutura do poder público em suas esferas de atuação num Estado Democrático de Direito? Como se justifica a superação do princípio da legalidade formal e busca de uma aplicação do direito de forma justa? Como compatibilizar o controle das políticas públicas e omissões estatais pelo poder judiciário? Quais os limites e óbices da interpretação conforme a Constituição e a intervenção judicial na esfera de atuação dos demais poderes?

A pesquisa realizada neste trabalho é de natureza bibliográfica/documental e descritiva. Aborda qualitativamente o tema, através de métodos racionais de argumentação e reflexão de diversas obras referentes a acepção de justiça adequada ao sistema normativo vigente, a sua concepção como um valor jurídico-político, a pluralidade política, a supremacia constitucional, ao controle de constitucionalidade, a separação dos poderes do Estado e ao papel do poder judiciário pátrio na declaração de (in)

constitucionalidade das normas.

Nesse último aspecto, perscruta também a eficácia das decisões judiciais proferidas no exercício da jurisdição constitucional, os mecanismos de interpretação conforme a Constituição, a efetivação dos direitos no ordenamento jurídico e os instrumentos processuais decisórios manipulativos, em especial no que toca as decisões aditivas.

Tal estudo promove-se através de consulta as mais diversas fontes, como livros, periódicos nacionais e internacionais, artigos jurídicos, dispositivos legais nacionais e estrangeiros, entre outros.

Também se promove pesquisa no âmbito da jurisprudência pátria e alienígena, a fim de identificar e analisar os aspectos de maior recorrência em termos de questionamentos judiciais relacionados com o tema proposto.

Insta observar que o trabalho não apresenta um marco teórico, um autor determinado ou escola de pensamento ou filosófica específica. A fundamentação que sustenta o texto toma por base diversos autores, afastados no tempo e no espaço, mas vale ressaltar a fonte doutrinária da obra de Carlos Blanco de Moraes, cuja classificação é explorada no capítulo final da pesquisa.

O primeiro capítulo aponta a forma de atuação do poder judiciário desde o Estado liberal até o Estado Democrático de Direito, apontando as características do ato jurisdicional e os esforços para a proteção e realização dos direitos fundamentais, inclusive a capacidade criativa dos tribunais. O capítulo não busca esgotar os conceitos e teorizações, o que fugiria ao objetivo deste trabalho, mas oferece um recorte histórico que permite a compreensão da trajetória e evolução do Estado Moderno.

No segundo capítulo, o tema é a legitimidade do poder judiciário, especialmente no exercício da jurisdição constitucional, focando nos embates constitucionalismo x democracia e procedimentalismo x substancialismo.

O capítulo seguinte dedica-se ao estudo do controle de constitucionalidade e as formas de interpretação conforme a Constituição, abrindo espaço para as decisões manipulativas aditivas.

O quarto capítulo traz o estudo dos efeitos das decisões emanadas pela jurisdição constitucional, com foco nas técnicas manipulativas aditivas. Finaliza com alguns exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto no

controle abstrato, como no controle concreto de constitucionalidade.

Ao final são apresentadas as conclusões a que se chegar, apontando-se que o conceito de democracia representa mais do que a simples regra majoritária e que o poder judiciário busca sua legitimidade na força argumentativa, mediante um processo justo e participativo e vem assumindo uma atuação criativa na solução de vários entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles relacionados a inconstitucionalidade por omissão.

Capítulo 1. Ativismo judicial¹: fator de concretização dos direitos

*“É na clareza da mente que explode a Procura
de um novo processo*

E o que é meu direito eu exijo não peço

Com a intensidade de quem quer viver

E optar: ir ou não por ali”

(MONTENEGRO, Oswaldo. **Quebra-cabeça sem luz**).

1.1 A jurisdição no Estado liberal e o positivismo jurídico

Historicamente, junto ao constitucionalismo surge o liberalismo como novo modelo de Estado, aproximando-se de conceitos como a democracia, estado de direito, governo da maioria e respeito aos direitos fundamentais e, no campo econômico, ligado à livre iniciativa e ao livre mercado².

Buscando combater os desmandos do absolutismo e do antigo regime, o Estado liberal burguês adota como paradigma o princípio da legalidade, como fundamento para a promoção de seus ideais.

O liberalismo realçou a garantia da autonomia privada, que assegurava a liberdade individual, em primeiro momento ilimitada, mas limitável pelo Estado (lei), e a separação de poderes do Estado, com supremacia do poder legislativo sobre os demais³.

Nesse Estado legislativo, a lei era apresentada como único referencial jurídico. Independentemente de sua correspondência com a noção de justiça, a lei valia pela simples razão da autoridade da qual emanava⁴.

Destarte, o poder executivo e o poder judiciário exerceram posições de clara subordinação, nas quais, ao primeiro, cabia atuar nos limites fixados na lei (burocracia), e, ao segundo, dirimir conflitos, aplicando a lei de forma estrita,

¹ A expressão foi utilizada, pela primeira vez, por Arthur Schlesinger Jr, em janeiro de 1947, em artigo na revista *Fortune*, buscando traçar um perfil dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no embate travado entre a *Supreme Court* e o Presidente Franklin Roosevelt, quanto às políticas em torno do *New Deal*. Cf. CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 108.

² BARROSO, Luís Roberto *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 120.

³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 189/194.

⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 63/64.

sem poder interpretá-la⁵.

O direito foi reduzido à lei e sua validade vinculada a autoridade da fonte de sua produção (poder legislativo), servindo como instrumento de promoção da liberdade e igualdade formais, mediante as características da generalidade e abstração.

A igualdade formal era mera projeção do princípio da liberdade burguesa, na qual não havia preocupação com as diferenças sociais entre os cidadãos, mas apenas a busca por assegurar a não discriminação ou tratamento diferenciado e a defesa diante de eventuais agressões de autoridades estatais.

Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas⁶.

Assim, baseado na crença de que os homens são indivíduos livres e iguais, o liberalismo parte da argumentação contratual para legitimar a auto-legislação como a única legislação válida, vinculando a razão ao interesse individual, fixando a norma como o elemento jurídico fundamental e abrindo espaço para o positivismo normativista⁷.

Com a derrubada do antigo sistema pelo jusracionalismo, fora necessário justificar a nova ordem de poder instaurada, alcançada pelo mito da representação popular. O que ficou bem evidenciado a partir da Revolução Francesa de 1789.

O positivismo jurídico normativista é a segunda grande matriz do pensamento jurídico moderno e, em suas diversas variações, tornou-se a concepção dominante no direito no decorrer do século XIX e ainda hoje domina o senso teórico dos juristas⁸.

Ao contrário do jusracionalismo, que buscava justificar racionalmente a validade das normas, os positivistas objetivavam apenas descrever o direito vigente, abandonando o problema da fundamentação do direito, por entender

⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 191.

⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I [Tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 305.

⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69/72.

⁸ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica [Tese de doutorado]. Brasília: UNB, 2010, p. 171.

que tal aspecto era uma questão filosófica e não científica⁹.

O movimento de codificação representou a concretização dos ideais jusnaturalistas de sistematização. A lei passou a ser a expressão direta da vontade do legislador e, de forma indireta, da vontade popular, a qual não cabia interpretação subjetiva. E portanto, elevando a figura do legislador (interpretação autêntica).

O império do princípio da legalidade idealizava que a lei e os códigos seriam claros e completos, produzindo uma única interpretação, inquestionavelmente correta. Cabendo ao judiciário a simples declaração do direito posto, sem a necessidade de buscar fundamentos em princípios ou valores.

O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação não questionadas para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem recurso a princípios necessitados de interpretação ou a “conceitos-chave” duvidosos¹⁰.

Esse entendimento caracteriza a escola francesa da Exegese, que busca uma descrição minuciosa e técnica da legislação, cujas características principais são o culto ao texto da lei e a redução do conhecimento jurídico à pura exegese dos códigos¹¹.

Havia uma nítida distinção entre a atividade de produção do direito (atividade normativa) e a atividade de aplicação do direito. O positivismo normativo não se preocupava com a justiça ou conteúdo da lei, mas com a asséptica e mecânica aplicação das normas legais aos casos concretos¹².

Esse sistema jurídico é autônomo em relação à realidade social, devendo sua coerência apenas às instituições e normas que lhe dão conteúdo. [...] O sistema não apenas é fechado – autônomo e coerente –, mas também goza de plenitude. [...] Os conceitos jurídico-científicos são trabalhados e moldados exatamente para viabilizar a subsunção lógica de toda e qualquer situação concreta, eliminando-

⁹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I [Tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 313.

¹¹ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica [Tese de doutorado]. Brasília: UNB, 2010, p. 181.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 30.

se as lacunas do direito positivo¹³.

Partindo do pressuposto que o legislador outorgava não só o texto da lei, mas a norma jurídica aplicável, a tarefa de interpretação exercida pelos juízes ocorreria por meio da aplicação da lógica dedutiva, para a qual seria suficiente a conexão entre o dispositivo legal e os fatos concretos para se alcançar a decisão, sem intervenção de qualquer juízo valorativo¹⁴.

A jurisdição tinha como missão a atuação dos direitos subjetivos privados violados, mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e submetida aos valores da igualdade formal e liberdade individual.

Em outras palavras, a atuação jurisdicional se limitava ao desiderato da reparação do dano sofrido (tutela reparatória), sem poder atuar preventivamente para evitar a prática de condutas que levariam a lesão do direito (tutela inibitória), sob pena de atentado à liberdade individual.

Assim, como os direitos podiam ser mensurados em pecúnia, a função da jurisdição não era a integral tutela e efetividade do direito material, mas assegurar o funcionamento dos mecanismos de mercado e as balizas do Estado liberal. O que conduziu, no âmbito processual, ao surgimento de polêmicas como a teoria da jurisdição como atuação da vontade concreta da lei (Chiovenda) e da teoria da justa composição da lide (Carnelutti), que fogem aos limites do presente estudo¹⁵.

Esse modelo de igualdade formal gerou desigualdades profundas, reclamando do Estado uma atuação no sentido de regularizar tais distorções, culminando com o surgimento do Estado social¹⁶.

1.2 A superação do princípio da legalidade formal

Como dito, a bandeira do Estado liberal consistia em tratar de forma igual a todos, independentemente das desigualdades concretas.

Apesar desse tratamento igual perante a lei, a realidade mostrou que para o exercício pleno da liberdade seria necessário assegurar um mínimo de

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47/48.

¹⁴ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica [Tese de doutorado]. Brasília: UNB, 2010, p. 366.

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 110.

¹⁶ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva no Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 25.

condições materiais aos cidadãos, atingida por meio de uma igualdade social¹⁷.

Surge uma crise de legitimidade do discurso normativo fundado na forma de tratamento do direito positivo aos fatos, quando a ordem jurídica *“passou a oferecer respostas formalmente adequadas com o sistema vigente, mas incompatíveis com valores sociais que se tornavam dominantes”*¹⁸.

Tal crise restou superada com a passagem do Estado liberal para o Estado social, mediante a utilização do discurso hermenêutico, no qual era possível modificar judicialmente o sentido da norma sem alterar o texto legal.

O direito, apesar da importância de seus institutos milenares, deve acompanhar as constantes transformações operadas na sociedade, sem o que faltará a sintonia entre o ordenamento jurídico posto e a realidade em que se encontra inserido. Esse descompasso provoca a redução da legitimidade do direito por não traduzir os verdadeiros valores aceitos por seus destinatários, o que pode comprometer, em derradeiro, a harmonia social. Nos últimos tempos, especialmente a partir da metade do século XX, intensificaram-se as mudanças sociais, que trouxeram outras configurações às relações jurídicas¹⁹.

Essa abertura possibilitou a politização do discurso jurídico, modificando a interpretação do direito, mas mantendo parâmetros objetivos. Não houve uma rejeição absoluta do normativismo, mas uma mitigação da argumentação puramente deontológica.

Assim, o liberalismo igualitário encontra seus fundamentos na doutrina do autor norte-americano John Rawls, que com fundamento nas diretrizes de John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant²⁰, adota a concepção contratualista, elevando-a a um nível mais alto de abstração, no qual todos estariam numa “posição original”, desconhecendo seu lugar na sociedade, seus dotes naturais, inteligência e força (“véu da ignorância”), definem os princípios fundamentais de justiça daquela comunidade²¹.

John Rawls fundamenta sua teoria na busca da equidade e justiça social. Propõe a minimização das diferenças sociais, tais como raciais, sexuais,

¹⁷ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67/72.

¹⁸ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica [Tese de doutorado]. Brasília: UNB, 2010, p. 284.

¹⁹ NAGAO, Paulo Issamu. O papel do juiz na efetividade no processo civil contemporâneo: de acordo com o cpc/2015 e a lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 44.

²⁰ RAWLS, John. Uma teoria de justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. XVII.

²¹ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94/95.

religiosas, culturais e econômicas para o alcance do ideal de nivelamento social.

Para Rawls, não só as leis podem ser classificadas como justas ou injustas, mas também as instituições, os sistemas sociais e as pessoas que os compõem e as que são destinatárias das normas jurídicas²².

Portanto, o objetivo primário da justiça seria a estruturação da sociedade, o funcionamento das instituições sociais na busca da distribuição e afetação dos direitos e deveres entre os membros da comunidade.

Como dito, ao definir os pressupostos e modelos básicos que fundamentam a sociedade, os cidadãos, sob o “véu da ignorância”, são colocados em pé de igualdade, afastando qualquer influência pessoal ou subjetiva na definição dos consensos sociais²³.

É esse estado original que possibilita aos membros da sociedade definirem qual a concepção de justiça que melhor se adequa aos desideratos buscados pela e para a sociedade, inclusive, permitindo a posterior reforma, remodelação e reestruturação das instituições²⁴.

Aqui, reside o conceito da teoria da justiça como equidade (*justice as fairness*), aplicável sobre as instituições básicas da sociedade com a finalidade de distribuir os benefícios e encargos sociais aos membros de dada comunidade, reparando possíveis desigualdades.

São formulados dois princípios de justiça, a saber:

Primeiro princípio. Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema de liberdade para todos. Segundo princípio. As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio da poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos²⁵.

É no primeiro princípio que Rawls define as liberdades fundamentais, que devem ser iguais para todos, implicando numa estruturação de um Estado

²² RAWLS, John. Uma teoria de justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.7/9.

²³ RAWLS, John. Uma teoria de justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 13.

²⁴ RAWLS, John. Uma teoria de justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.14.

²⁵ RAWLS, John. Uma teoria de justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

Democrático de Direito.

Já o segundo princípio de justiça deve ser visto como o princípio da igualdade equitativa de oportunidade e do princípio da diferença.

Destarte, John Rawls defende uma igualdade de oportunidades equitativas, caracterizado por uma redistribuição de condições e meios ou princípio de diferença, na qual só seriam aceitáveis as diferenciações que beneficiem aos mais desfavorecidos²⁶.

Na filosofia de Rawls, o primeiro princípio corresponde à liberdade, enquanto o segundo corresponde à justiça distributiva. O próprio filósofo deixou claro que as necessidades básicas (*basic needs*), isto é, os mínimos sociais integram o primeiro princípio – da liberdade – e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça básica (*basic justice*)²⁷.

Baseado na conceito de *overlapping consensus*, o autor chega a conclusão que o conteúdo dos direitos e princípios fundamentais representa o conjunto de condições de cooperação social justa (consenso comum) entre os cidadãos racionais e razoáveis, marcado pelo pluralismo da sociedade.

Após três séculos de pensamento democrático e desenvolvimento da prática constitucional é possível alcançar não apenas algum entendimento público, mas também alguma fidelidade aos ideais e valores democráticos desenvolvidos pelas instituições políticas existentes. Isto abre caminho para a elaboração da ideia do consenso sobreposto em uma concepção política da justiça: tal consenso é moral, tanto em seu objeto, quanto em suas bases e, assim, é distinto de um consenso – inevitavelmente frágil - baseado apenas em interesses pessoais ou de um grupo, mesmo quando descrito em uma constituição bem estruturada. A ideia do consenso sobreposto permite entender como um regime constitucional caracterizado pelo pluralismo pode, apesar de suas divergências, alcançar a estabilidade e a unidade social através do reconhecimento público de uma concepção política razoável de justiça²⁸.

Rawls ressalta que tais juízos e valores de justiça não são imutáveis,

²⁶ RAWLS, John. Uma teoria da justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 11/13 e 46.

²⁷ OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O estado constitucional solidarista: estratégias para sua efetivação. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder de [coords.]. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

²⁸ RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. Oxford University Press, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/764257>>. Acesso em 09 abr. 2013, 19:29:00, p. 2.

havendo espaço para revisões conceituais indispensáveis²⁹.

Sua lição reconhece a existência um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, decerto incompatíveis entre si. Para tanto, acredita na possibilidade de criação de razões de justificação pública razoável no tocante a questões políticas fundamentais.

Nem todas as razões são razões públicas, pois temos as razões não-públicas de igrejas, universidades e de muitas outras associações da sociedade civil. Em regimes aristocráticos e autocráticos, quando o bem da sociedade é considerado, isso não é feito pelo público, se é que ele existe, mas pelos governantes, sejam quem forem. A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir. Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base³⁰.

Fazendo um paralelo com a Constituição Federal brasileira de 1988, a verifica-se o reconhecimento do pluralismo logo no artigo 1º, inciso V, *in verbis*: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político”³¹.

Destarte, a função da razão pública é permitir que os princípios de justiça possam ser justificados perante todos os cidadãos e aplicados corretamente, estabelecendo-se uma relação necessária entre justiça e democracia³².

A razão pública é um padrão de argumentação moral que deve disciplinar a deliberação política, mas que não se confunde com ela, e, portanto, subsiste enquanto critério autônomo para julgar a legitimidade das decisões³³.

Jürgen Habermas não concorda com Rawls ao não limitar a sua análise

²⁹ RAWLS, John. Uma teoria de justiça [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 23.

³⁰ RAWLS, John. O liberalismo político [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 267/268.

³¹ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988.

³² RAWLS, John. O liberalismo político [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 273.

³³ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 492.

da democracia à esfera da filosofia política, discordando quanto à forma e ao conteúdo da concepção de democracia, ampliando sua análise para esferas como a teoria social e a filosofia da linguagem, criando, assim, uma ética do discurso. Habermas assente que a teoria da Justiça de Rawls foi um marco na história da filosofia prática. Para o autor, a obra de Rawls retomou questões morais essenciais que estavam relegadas há muito tempo³⁴.

Habermas se preocupa em erigir, em sua ética do discurso, um contexto ideal de comunicação capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo. Para tanto, apresenta a esfera pública como o espaço privilegiado em que as normas emergentes do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação para então poderem, por meio do processo decisório, ter espaço no âmbito estatal. Enquanto Rawls estabelece um modelo substantivo de democracia deliberativa (na qual os princípios a serem aplicados já estão previamente justificados), Habermas, ao contrário, elabora um modelo fortemente procedimental de democracia deliberativa. O modelo de Habermas é procedimental porque deixa em aberto os possíveis resultados da deliberação. Vale dizer, os princípios a serem aplicados devem encontrar a sua justificação no curso do próprio processo deliberativo. Daí a ideia de que as majorias estão impedidas de tomar decisões que obstaculizem a realização das condições procedimentais da própria democracia³⁵.

Na concepção comum e significado etimológico, democracia resume-se no poder do povo, exercido de forma direta ou por meio de representantes eleitos.

Essa conceituação formal ou procedimental representa elemento indissociável da essência do conceito de democracia, mas, na atual quadra histórica, não se mostra suficiente para a definição de um sistema político como democrático, em especial como uma democracia constitucional, na qual nos deparamos com a fixação de limites e conteúdos substanciais definidos pelos direitos fundamentais em face do exercício dos poderes dos Estado.

Portanto, a noção de democracia constitucional não se satisfaz apenas com a legitimação pelo voto da maioria, exigindo também a efetividade de conteúdos materiais mínimos, tais como a realização dos direitos fundamentais mediante o respeito aos limites negativos (liberdades públicas) e as

³⁴ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101/102.

³⁵ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101/102.

concretizações das prestações positivas (demandas sociais)³⁶.

Aqui reside o cerne da legitimidade da teoria do liberalismo de John Rawls: na força da argumentação e do discurso. A argumentação adequada e capaz de convencer a sociedade, por meio de fundamentos que justifiquem as escolhas estatais.

Leciona o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral. Isso significa que uma decisão da corte suprema, para se inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável³⁷.

Essa democracia discursiva e argumentativa, como forma de legitimar a realização dos direitos fundamentais, recebeu de Robert Alexy o nome de *democracia deliberativa*, na qual os agentes e instituições públicas devem fundamentar suas decisões em bons argumentos ou argumentos plausíveis, visando o convencimento racional da sociedade³⁸.

A deliberação pressupõe uma concepção dialógica da política e a consideração desta como um processo racional de discussão dos problemas e alternativas, de forma a obterem-se soluções justas, boas, ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida comunitária. A política serve para deliberar sobre a ordenação comunitária e não apenas para fornecer aberturas processuais à prossecução de interesses privados ou à otimização de preferências subjetivas³⁹.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100: “A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental de Constituição — que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos —, quer se opte por um modelo substancialista — no qual certas opções materiais já estariam predefinidas”.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 477.

³⁸ A inclusão da argumentação no conceito de democracia faz desta uma democracia deliberativa, a qual nada mais é do que uma tentativa de institucionalizar, tanto quanto possível, o discurso que defende a tomada pública de decisões. Por este motivo, a conexão entre a sociedade e o parlamento não pode ser determinada apenas pelas decisões expressas nas eleições e nos votos, mas também pela argumentação. Neste sentido, a representatividade da sociedade pelo Parlamento é, a um só tempo, volitiva ou decisiva, assim como argumentativa ou discursiva (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. Oxford University Press, 2005. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/572.full.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016, 16:38:00, p. 579).

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1416.

Portanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a norma jurídica só encontra legitimidade através de sua formação discursiva e participativa dos cidadãos.

A lei, sonhada como o porto seguro de chegada, tornou-se um obrigatório ponto inicial de dúvidas e incertezas. Esquecer esta verdade – que o direito dos tribunais, na experiência contemporânea, nos ensina a cada dia – será o caminho que nos sujeitará à condição de vítimas das mais variadas formas de arbitrariedades, cometidas em nome do que se imagina ser a imparcial aplicação da “vontade da lei”, em sentenças que, antes de alicerçarem-se em fundamentos válidos, ocultam as verdadeiras razões de decidir.

Nosso mundo tornou-se demasiadamente hermenêutico. [...] A razão é simples. A Democracia pressupõe tolerância. Não pode haver regime democrático quando exigimos que nossos interesses e valores sejam aceitos como absolutos; não haverá democracia se formos incapazes de conviver com a diversidade, com valores do ‘outro’⁴⁰.

Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito não admite que a decisão judicial apresente uma legitimidade pressuposta, anterior ao processo.

1.3 O poder de criação do juiz

Como parcela do Poder Soberano do Estado e buscando a concretização dos valores e fins constitucionais, a atividade jurisdicional contemporânea expandiu seu papel diante da atuação dos outros poderes, aplicando diretamente a Constituição a situações não contempladas expressamente, declarando a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, mediante critérios menos rígidos, e impondo condutas ou abstenções ao poder público, em especial no que toca as políticas públicas⁴¹.

Esse novo padrão de intervencionismo judiciário “dirige-se antes aos abusos do poder e aos agentes políticos que os protagonizam”, e se traduz em um “confronto com a classe política e com outros órgãos do poder soberano, nomeadamente com o Poder Executivo”. Por essa razão se fala agora em *judicialização* dos conflitos políticos. Nesse sentido, o Judiciário só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere em outros poderes. [...] O magistrado é posto a julgar reflexamente uma realidade que se encontra fora do processo judicial – e fora do mundo jurídico, portanto. Realidade que traz consequências que extrapolam os limites de qualquer processo judicial, seja de índole individual, seja coletiva⁴².

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140/141.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318/319.

⁴² CARDOSO, Henrique Ribeiro. O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 2/3.

Esse modelo normativo demonstra essa aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law*, na qual esse necessita cada vez mais do direito legislado e aquele, de ferramentas que propiciem a plena eficácia dos direitos fundamentais e respeito a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previstos⁴³.

Essa tendência corrobora o que Giuseppe Chiovenda vaticinara no primeiro quartel do século passado, vale dizer a evolução do processo civil restaria por unir as famílias do *civil law* e do *common law*, permitindo uma interação capaz de instituir de um sistema serem úteis ao outro. Aliás, ao longo das últimas décadas, os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico vêm se interpenetrando. Assim é que o Brasil, país de tradição legalista, propende cada vez mais para a utilização dos precedentes judiciais característicos do sistema anglo-saxônico, como regra apta a realizar a isonomia jurisdicional; ao passo que a Inglaterra desde 1999, país de tradição dos precedentes, adotou um complexo Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure*)⁴⁴.

No que toca ao nosso sistema jurídico pátrio, cabe ao poder judiciário, guardião da Carta Magna, a missão de promover a interpretação e aplicação da Constituição Federal/1988⁴⁵ e de toda a legislação infraconstitucional, observando sempre o conteúdo e efetividade dos direitos fundamentais para atingir ao bem comum⁴⁶.

No exercício da interpretação jurídica do ordenamento, no caso desempenhada por todos os órgãos jurisdicionais mediante suas reiteradas decisões, verifica-se que o resultado é dotado de normatividade, em especial alcançada pelos Tribunais superiores⁴⁷.

Hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização. Um dos pilares em que se assenta a Hermenêutica Jurídica na atualidade é, efetivamente, a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 103/116.

⁴⁴ FUX, Luiz. Novo código de processo civil temático. São Paulo: Editora Mackenzie, 2015, p. 19.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 66.

⁴⁶ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Ativismo judicial e teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência das decisões do judiciário. Curitiba: Juruá, 2015, p. 16/17.

⁴⁷ BARCELOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 25.

interpretação-aplicação é nesse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no “conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir”⁴⁸.

Destarte, a missão do juiz, na justa composição do conflito de interesses, extrapola a reprodução das regras editadas pelo legislador, incumbindo uma atividade criativa, complementando os preceitos legais genéricos e suprimindo as lacunas⁴⁹.

Essa função cognoscitiva e criadora do direito, no exercício da função jurisdicional, recebe o nome de Ativismo Judicial e surge da necessidade de oportunizar meios aos jurisdicionados e ao próprio Estado-juiz poderes suficientes para enfrentar as novas situações de direito material em face das realidades concretas e a efetiva possibilidade de tutelá-los⁵⁰.

Essa judicialização da política é fenômeno decorrente da força normativa da Constituição, que exige do Estado a efetividade das normas constitucionais e, especialmente, dos direitos fundamentais por parte dos poderes constituídos, que, em sua falha ou ausência, autoriza ao poder judiciário a intervenção decisória na esfera de atuação dos demais poderes na solução dos conflitos sociais apresentados.

O ativismo judicial é um modo de atuação judicial, por meio do qual os juízes exercem seus misteres de forma política, moral e socialmente mais presente e invasiva.

O aspecto criativo da decisão jurisdicional é bem destacado no cenário do *common law*, no qual o precedente judicial é a decisão dada por um órgão jurisdicional a um caso concreto, cujo núcleo essencial tem a força de servir de

⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84/85.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 144: “É evidente que a linha divisória entre a atividade judicante e legislativa não é muito precisa, o que se evidencia ainda com maior intensidade na seara constitucional, onde se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluidos, carecendo de concretização pela via interpretativa”.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122: “As decisões judiciais, portanto, são necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição”.

paradigma para julgamentos posteriores de casos análogos ou semelhantes⁵¹.

Richard Posner afirma esse papel adjudicativo dos juízes⁵², agentes políticos por excelência, a quem também cabe participar da atribuição de bem governar o país.

Eles [os juízes] são parte de uma atividade viva – a atividade de governar os Estados Unidos –, e quando as ordens de seus superiores não são claras isso não os exime da responsabilidade de contribuir para o êxito da atividade⁵³.

Continua o citado autor, com seu pragmatismo cotidiano:

Para conferir regularidade e previsibilidade ao processo, o poder legislativo cria regras que serão aplicadas pelos juízes, e estes criam suas próprias regras para preencher as lacunas (às vezes enormes) do produto legislativo; se não houver poder legislativo, eles criam todas as regras. [...] Em geral, porém, a coisa mais importante é resolver a disputa⁵⁴.

Já Hans Kelsen reconhece o caráter criativo da atividade jurisdicional, que não seria ontologicamente distinta da atividade legislativa, visto que ambas criariam normas jurídicas que buscam sua validade na norma hierarquicamente superior até chegar a norma hipotética fundamental (pirâmide normativa), cada vez menos abstratas e gerais à medida com que se aproximam da base⁵⁵.

Assim, para Hans Kelsen a atuação criativa do juiz estaria condicionada à modula concedida pelas normas superiores, não havendo espaço para decisões inéditas, fora do “direito dado”.

Não há como excluir da tarefa de interpretar e aplicar a norma certo grau de criatividade, ou como preferem alguns de discricionariedade, que não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. A

⁵¹ WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimidade democrática do poder judiciário no novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.46.

⁵² POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41: “O juiz não é apenas um intérprete de materiais jurídicos. Não é apenas um descobridor, mas também um criador do direito”.

⁵³ POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 363.

⁵⁴ POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 177/178.

⁵⁵ HANS, Kelsen. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251: “Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”.

discrecionalidade não é sinônimo de arbitrariedade⁵⁶.

Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazio em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica (escolha de método de interpretação adequado, integração por meio de princípio gerais de direito ou analogia etc)⁵⁷.

Na busca da melhor aplicação do direito, bem como na repercussão social da aceitação pelos destinatários das decisões e comandos contidos em suas normas, cabe ao operador do direito encontrar referenciais teóricos sólidos diante da grande carga axiológica do conceito de direito e justiça.

E é justamente na interseção desses elementos que encontramos a Constituição como marco de uma fronteira tênue e movediça, separando os domínios da política e do direito, da vontade e da razão, da legislação e da jurisdição⁵⁸.

No dizer de J.J. Gomes Canotilho, a Constituição, como norma fundamental do ordenamento jurídico, passa a exercer como principais funções a de revelação de consensos fundamentais, de legitimidade da ordem política, de garantia e de proteção, de organização do poder político e de ordem e ordenação⁵⁹.

A revelação normativa do consenso fundamental da sociedade representa a explicitação dos princípios, valores e ideais que são caros a dada comunidade em suas condutas políticas e jurídicas, legitimando a própria Constituição e a ordem jurídica como um todo.

A concepção da jurisdição como simples declaração de direitos, além de caudatária do *iluminismo* – precisamente por isto –, recusa a compreensão hermenêutica da realidade processual; recusa não apenas que o direito seja um conceito hermenêutico, cujo “sentido” varia no tempo; mas recusa igualmente o pressuposto de que os “fatos” devem ser concebidos como entidades carentes de compreensão hermenêutica. Não admitem que os fatos, na relação processual, são construídos dialeticamente, pelas partes e haverão

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 23/24.

⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 111.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1438.

de ser hermeneuticamente compreendidos pelo juiz. A consequência será a destruição do verdadeiro sentido da atividade jurisdicional, anulando-a, para transformá-la em simples oráculo do legislado. Jurisdição que não conta com uma dose, mínima que seja, de *discrecionarietà*, jurisdição que não participa da criação do direito, jurisdição não será⁶⁰.

Destarte, o ativismo judicial pode ser entendido como o exercício da função jurisdicional para “além dos limites” impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao poder judiciário fazer atuar, resolvendo os litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)⁶¹.

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em algumas medidas, toda interpretação é criativa⁶².

Tal atuação, sobretudo nas importantes questões políticas e sociais, acarreta críticas e controvérsias sobre a ascendência da atividade jurisdicional diante dos demais poderes, sobre o dogma da separação dos poderes e sobre a manutenção do Estado Democrático de Direito⁶³.

1.4 A atuação jurisdicional contemporânea e o mito da separação de poderes

Os instrumentos atuados por meio do ativismo judicial tocam profundamente na possibilidade de ultrapassagem das linhas demarcatórias da atividade jurisdicional, descaracterizando a função típica do poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções

⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 110.

⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 42.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 106/107: “Evidentemente que uma prefiguração positiva de tal fenômeno não subestima, sequer faz desaparecer, alguns problemas que são fundamentais e estão intrinsecamente relacionados à prática do Estado de Direito, como, p.ex., a possibilidade de que mais do que garantir e promover interesses sociais apresente-se como um mecanismo de opressão, utilizando-se da juridicização integral do cotidiano das relações sociais, construindo a realidade tomando como paradigma o prisma jurídico. Seu caráter retórico-argumentativo serve, inclusive, de vínculo redutor da política no debate jurídico. O risco de mistificação do Estado de Direito, transformando-o em uma referência ritual, pode ser, todavia, matizado por sua adequação aos princípios democráticos – o que caracteriza o seu protótipo como Estado Democrático de Direito, a democracia vincula Estado e Direito – com o que estará sob o constante interrogação democrática”.

constitucionalmente atribuídas aos demais poderes, especialmente da legislação⁶⁴.

São questionados o fato de que os magistrados não são eleitos pelo povo para a elaboração de normas e o risco de ofensa a separação dos poderes do Estado. Os pontos merecem reflexão⁶⁵.

Na esteira dos pensamentos de John Locke e Montesquieu, a teoria da tripartição dos poderes foi concebida para assegurar a distribuição das atividades do Estado, numa tentativa de contenção do poder pelo poder, bem como conferir proteção aos direitos fundamentais, especialmente os de primeira geração⁶⁶.

Montesquieu buscou fundamentar a teoria da separação dos poderes na ideia de contrato social de Jean Jacques Rousseau, na qual a representação seria a essência da realização da vontade do povo.

Foi tomada como dogma e fundamento da própria supremacia e primado da Constituição, tanto que o art. 16, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) traz o comando: *“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos [fundamentais] nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*⁶⁷.

Em razão disso, para alguns autores, as práticas ativistas desnaturam a atividade jurisdicional, golpeia o poder legislativo ao declarar inválido o produto do legislador, por meio do controle de constitucionalidade, e invade o espaço de conformação normativa, por meio de decisões excessivamente criativas⁶⁸.

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 40/41.

⁶⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63/67. Cf. CARDOSO, Henrique Ribeiro. O poder normativo das agências reguladoras. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 30/36.

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131/132.

Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.⁶⁹

Registre-se que a interferência judicial não se restringe à esfera de ação do legislador, há interferências na função administrativa, como, por exemplo, nas políticas públicas, na qual se alega a afetação à governabilidade, realocando recursos do orçamento e redefinindo prioridades em substituição aos administradores e em prejuízo da coletividade⁷⁰.

Para Lenio Luiz Streck e José Luis Bolsan de Moraes essas transformações e interferências nas relações entre as funções estatais tradicionais mostram-se especialmente autofágicas, nas quais um poder pretende/busca sobreviver às custas do(s) outro(s)⁷¹.

Em atenção as atuais relações sociais e institucionais, considera-se que a teoria da separação de poderes de Montesquieu engendrou um *mito* de que os três poderes do Estado são rigorosamente separados, na qual cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros, e que na verdade mais do que separação, se tratava de *combinação* dos poderes⁷².

Isso se dá pois, o exercício do poder estatal exige medidas que evitem a concentração e abuso de poder por parte de quaisquer representantes, sob pena de se colocar em risco a manutenção deste Estado Democrático de Direito.

Deveria ser repensada e reelaborada a clássica separação de poderes, de Montesquieu, entre os poderes públicos: entre poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, originariamente destinada a garantir a autonomia e o primado do poder legislativo e representativo em relação ao poder executivo, este último representado pelo monarca, bem como a independência de ambos em relação ao poder judiciário. Hoje, essa tripartição, elaborada há mais de dois séculos e meio, com relação a uma organização institucional incomparavelmente mais simples do que as das atuais democracias constitucionais, é inadequada, diante da complexidade da esfera públicas dos atuais ordenamentos, para fundamentar a legitimação dos diversos tipos de poder⁷³.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito [Tradução: Jeferson Luiz Camargo]. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 451/452.

⁷⁰ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Jurisdição constitucional política. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69/70. Cf. CARDOSO, Henrique Ribeiro. O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 82/90.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 161.

⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.114/115.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana [Tradução: Alexander Araujo de Souza]. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

J.J. Gomes Canotilho define duas dimensões para a compreensão do princípio da separação dos poderes:

A constitucionalística mais recente salienta que o **princípio da separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como “divisão”, “controlo” e “limite” do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva. O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de **divisão de poderes**; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de **separação de poderes**. O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competência, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder⁷⁴ (destaques do original).

Aponta-se, ainda, para a falta de legitimidade da atuação jurisdicional ativista, na medida em que não é exercida por representantes eleitos pelo povo.

Mesmo que aparentem afrontar ao princípio democrático, rejeitando a deliberação da maioria, as decisões judiciais contramajoritárias retiram sua legitimidade da discussão racional travada por meio do processo judicial, concebido através de um procedimento em contraditório e participativo, que conclua com uma decisão fundamentada que efetive a tutela dos direitos fundamentais previstos à espécie⁷⁵.

Exercer tal missão exige do magistrado e da sociedade a construção de um sistema de prerrogativas e vedações que assegurem a independência, autonomia e dignidade na aplicação do direito, sob pena de se colocar em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O que garante o juiz não é a letra fria da Lei; é a sua independência, a fortaleza moral, a coragem de decidir, é fazer de seu ofício a ponte de ouro entre o Direito e Ética⁷⁶.

Nessa toada, Cândido Rangel Dinamarco observa que:

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250.

⁷⁵ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Jurisdição constitucional política. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64/65.

⁷⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. Magistratura e gestão judiciária. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 47.

O juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão para enclausura-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa. O que precisa ficar muito claro, como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz, é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process of law*⁷⁷.

Contemporaneamente, o direito vem permitindo essa permeabilidade aos valores éticos e políticos, despertando o debate político-constitucional de aproximação do ordenamento jurídico e a realidade social.

Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. O argumento principal para essa união entre direito e moral é a tese que o direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção.

A pretensão de correção inclui uma pretensão de fundamentalidade. Isso leva ao segundo grau do argumento para o constitucionalismo discursivo⁷⁸.

Esse reposicionamento das decisões jurisdicionais como fonte primária do ordenamento jurídico e visando a promoção dos direitos fundamentais e substanciais contidos na Constituição é fruto dessa visão pós-positivista e do próprio texto constitucional que elege a justiça como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito (preâmbulo)⁷⁹ e como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso I, da CF/1988)⁸⁰.

Rege-se então esses novos tempos de um Judiciário mais empenhado em participar da vida democrática e das principais decisões do país e do mundo. O juiz não é mais um ser isolado em seu gabinete, esperando a provocação processual para mover-se em favor de um tecnicismo que por si, somente, seja bastante de por resolução aos novos tipos de conflito, que não mais circundam em

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo [Tradução: Luís Afonso Heck]. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 9.

⁷⁹ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁸⁰ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”.

torno de particularismos. Vê-se que cada vez mais o processo tem ganhado conotações pluralistas e, que acabam por interessar a comunidade, inegável não pontuar a importância do precedente judicial, como fator de influência das decisões e da própria compreensão do sentido de justiça e aplicabilidade do direito, em seu sentido finalístico, mas sobretudo em seu todo valorativo⁸¹.

Esse é o modelo democrático que vivemos, no qual o poder judiciário encontra sua fundamentação mediante um processo que apresente um procedimento aberto à participação em contraditório efetivo⁸², com atos públicos e decisões fundamentadas⁸³ em argumentos convincentes e que apresente como desiderato a tutela dos direitos fundamentais.

A ênfase à participação no procedimento tem o objetivo de legitimar a decisão. A participação deve dar às partes plena oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre os seus resultados. Numa palavra: a parte deve ter a oportunidade de demonstrar as suas razões e de ser contrapor às razões da parte contrária⁸⁴.

A correta e adequada motivação e fundamentação das decisões emanadas pelo judiciário tem a importante função de revelar e demonstrar as razões e bases consideradas pelo intérprete, pois é necessário considerar a compreensão prévia, como forma de possibilidade de interpretação, revelando o *iter* seguido pelo intérprete para chegar à compreensão do fenômeno jurídico apresentado concretamente na demanda⁸⁵.

O magistrado ao buscar a promoção dos direitos fundamentais, seja afastando a lei em afronta a Carta Magna, seja suprimindo a omissão de

⁸¹ ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política: características, desafios, limites e problemática para os tribunais constitucionais do século XXI. In MIRANDA, Jorge. A constituição no limiar do século XXI. Lisboa, Portugal: AAFDL Editora, 2016, p. 307/308.

⁸² BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

⁸³ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In DIDIER Jr, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 547/548.

⁸⁵ WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimidade democrática do poder judiciário no novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 146.

comando constitucional, deve apresentar argumentação suficiente e robusta para demonstrar que a ação/omissão do parlamento ofende hipótese constitucionalmente protegida e com *status* de imprescindível à ordem estabelecida na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário⁸⁶.

Nesse particular da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, vale ressaltar, além do teor do comando constitucional do art. 93, inciso IX, da Carta da República/1988, o contido no art. 11⁸⁷, do Novo Código de Processo Civil/2015, que praticamente repete o dispositivo constitucional.

Registre-se que *“se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de accountability”*⁸⁸.

Destarte, na busca do desiderato da jurisdição e promoção dos direitos fundamentais, é necessário alcançar a efetividade do processo, como instrumento apto à tutela do direito, à promoção da justiça e, sobretudo, a legitimidade do próprio Estado.

A efetividade significa a consumação do Direito; a atuação real de sua função social. Ela demonstra a concretização, no mundo dos fatos, dos princípios legais e representa a proximidade, tão pessoal quanto aceitável, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. A efetividade das regras está sujeita, primeiramente, à sua efetividade jurídica, da competência formal para atingir e conduzir as circunstâncias da vida, produzindo os resultados que lhe são próprios⁸⁹.

⁸⁶ RAWLS, John. O liberalismo político [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 286/288: “[...] a ideia de razão pública não significa que os juízes devam estar de acordo uns com os outros, mais do que os cidadãos em geral o estão, nos detalhes sobre o modo de cada qual entender a constituição. No entanto, devem interpretar, e devem parecer que interpretam, a mesma constituição à luz daquilo que vêem como as partes relevantes da concepção política e à luz daquilo que acreditam de boa-fé que pode ser defendido dessa forma. O papel do tribunal, enquanto intérprete judicial supremo da constituição, supõe que as concepções políticas dos juízes e sua visão dos elementos constitucionais essenciais situam a parte central das liberdades básicas mais ou menos no mesmo lugar. Nesses casos, pelo menos, suas decisões conseguem resolver as questões políticas mais fundamentais.”

⁸⁷ BRASIL. Código de Processo Civil, 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz *apud* ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha. A fundamentação das decisões administrativas dos tribunais e o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015. In LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (coord). Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 351.

⁸⁹ WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimidade democrática do poder judiciário no novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 90/91.

Como se vê, esse ambiente de normatividade dos princípios e concretização dos consensos fundamentais, da interpretação e argumentação jurídicas, inaugurado no Brasil com a Constituição Federal de 1988, tem como marco filosófico o pós-positivismo e transpassa todo o ordenamento jurídico pátrio e deve ser visto mediante o prisma do neoconstitucionalismo.

Capítulo 2. Jurisdição constitucional: constitucionalismo e democracia

*“Diz-me a tua posição quanto à
jurisdição constitucional e eu digo-te
que conceito de constituição tens”*

(Kägi, W. *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito
constitucional e teoria da constituição**. 7. ed.
Coimbra: Almedina, 2003, p. 892).

2.1 Estado Democrático de Direito, jurisdição e legitimidade

O fenômeno denominado neoconstitucionalismo exigiu do Estado e da jurisdição um novo papel e um novo olhar com a finalidade de efetivar os preceitos constitucionais como condição de preservação dos valores sociais e da coletividade⁹⁰.

Irrradiados por todo o ordenamento, os valores constitucionais, em especial os direitos fundamentais, promoveram um movimento de combate a inefetividade e morosidade da jurisdição conhecido por acesso à justiça⁹¹.

Assim, há um novo deslocamento do polo de tensão entre os poderes, do legislativo/executivo para o judiciário, enquanto guardião dos valores fundamentais e da própria Constituição, o que justificaria certo protagonismo da jurisdição constitucional⁹², entendida como um complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes⁹³.

A vontade da Constituição e os conceitos do Estado Democrático de

⁹⁰ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Jurisdição constitucional política*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 11/12.

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* [Tradução: Ellen Gracie Northfleet]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988, p. 8: “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.”

⁹² GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva no Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 31.

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 892.

Direito, como o de bem comum, são reafirmados por intermédio do processo constitucional, exigindo dos magistrados presença na arena política e participação ativa nos fatos sociais mais relevantes⁹⁴.

Essa atuação do poder judiciário, para a efetivação dos direitos fundamentais⁹⁵, exige a conjugação de dois aspectos que aparentemente configuram contradições e antinomias insuperáveis, quais sejam: a ideia de democracia e de superioridade constitucional⁹⁶.

Tal questão destaca o ponto que, ao promover a leitura e compreensão de todo o ordenamento jurídico por intermédio do prisma dos direitos fundamentais, caberá ao judiciário o controle da constitucionalidade das leis. O que desagua, episodicamente, na sobreposição da decisão judicial à deliberação da maioria parlamentar, que representa a vontade soberana do povo, detentora e fonte da qual emana todo o poder estatal: um caráter *contramajoritário*, nas palavras Alexander Bickel⁹⁷.

A compreensão de constitucionalismo passa pela propensão geral ao cumprimento da Constituição e ao controle de constitucionalidade, bem como pela visão substantiva de que a Constituição regulamenta os aspectos mais fundamentais da vida política social, pelo aspecto procedimental de maior dificuldade em alteração em comparação com a legislação ordinária e, no

⁹⁴ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Jurisdição constitucional política. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407/408: “A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e outros esquemas políticos coactivos). Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas).”

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 127: “São dois ideais que surgiram de concepções distintas: o ideário democrático confia no exercício do poder pelos agentes do povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz liberal, busca a contenção jurídica do poder, preocupados com a salvaguarda das liberdades individuais dos governados. O primeiro aposta na vontade das maiorias como forma de legitimação do exercício do poder e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões.

⁹⁷ BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. New Haven, Estados Unidos da América: Yale University Press, 1986, p. 16/18: “A dificuldade raiz é que a revisão judicial é uma força *contramajoritária* e acusada de antidemocrática [...]”

campo legal, pela prevalência das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico⁹⁸.

A doutrina distingue vários tipos de democracia, dentre os quais a democracia direta, indireta e semidireta, a depender da forma de participação do cidadão nas tomadas de decisões⁹⁹.

Em seu aspecto material, o princípio democrático dimensiona a soberania popular, a garantia dos direitos fundamentais, o pluralismo político e a organização política. No campo procedimental, vincula a legitimidade do exercício do poder estatal ao atendimento de determinadas regras e processos¹⁰⁰.

Para Miguel Gualano de Godoy conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática, pois não há constitucionalismo sem democracia nem democracia sem constitucionalismo¹⁰¹.

Luís Roberto Barroso afirma que longe de serem conceitos antagônicos, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se completam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo¹⁰².

A democracia não se limita à sua dimensão instrumental majoritária, e nem o constitucionalismo é contramajoritário. Democracia e constitucionalismo constituem uma simbiose político-jurídica e se garantem mutuamente, tanto formal quanto materialmente. Se a democracia assenta-se no consenso majoritário e de inclusão em meio ao dissenso, o constitucionalismo estabelece as premissas fundamentais tanto para o consenso quanto para o dissenso: o reconhecimento e a observância dos direitos, garantias e deveres

⁹⁸ ELSTER, Jon. Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições [Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins]. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 133.

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

¹⁰⁰ AIETA, Vânia Siciliano. Tratado de direito político: democracia – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55.

¹⁰¹ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

fundamentais dos indivíduos e da sociedade¹⁰³.

Algumas situações postas ao controle da jurisdição constitucional, contudo, fogem à aplicação das técnicas decisórias tradicionais, exigindo do magistrado a utilização de ferramentas novas na interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, bem como da instrumentalidade do processo, sob pena da não realização do direito ou sua realização de forma injusta, desarrazoada e desproporcional¹⁰⁴.

Assim, o *judicial review* expressa uma desconfiança no que toca à atuação dos demais poderes, especialmente em relação à atividade do poder legislativo, o que pode enfraquecer a cultura e o processo democráticos¹⁰⁵.

Destarte, em atenção ao citado princípio da supremacia da Constituição, o qual impõe que as normas jurídicas infraconstitucionais sejam interpretadas em consonância com o texto da Carta Magna, cabe ao magistrado, dentro do quadro processual, interpretar a norma jurídica conforme a Constituição, eliminando, fixando e por vezes modificando/manipulando os sentidos normativos originais do texto positivado pelo legislador¹⁰⁶.

A doutrina pátria ressalta ambas as formas de atuação do poder judiciário, *in verbis*:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional¹⁰⁷.

¹⁰³ OLIVEIRA, Márcio Luís de. A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 124.

¹⁰⁴ SIMÃO. Calil. Elementos do sistema de controle de constitucionalidade. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180.

¹⁰⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393/394.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

Essa dicotomia da soberania popular e vontade da maioria *versus* a limitação de poder e respeito aos direitos fundamentais conduz a relativização da distinção entre a política e o direito¹⁰⁸ e já aparece no nosso ordenamento pátrio logo no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, que institui a República Federativa como um Estado Democrático de Direito, portanto limitado pela ordem jurídica e, em seu parágrafo único, proclama que todo poder emana do povo, exaltando a democracia¹⁰⁹.

Para Robert Alexy, essa tensão entre os direitos fundamentais e a democracia pode ser encarada por três prismas: a) a forma ingênua, na qual não se concebe o confronto entre os dois pilares, visto que não cabe tensão entre “duas coisas boas”, inadmitindo o conflito; b) a forma ideológica, que admite a tensão, mas projeta uma sociedade ideal, representada por parlamentares ideais, que seriam incapazes de violar direitos fundamentais. E c) a forma realista, que encara os direitos fundamentais em seus aspectos democráticos e não democráticos, a depender das funções a serem desenvolvidas, ora promovendo e projetando as decisões da maioria parlamentar na promoção do desenvolvimento da sociedade e dos direitos da liberdade e igualdade e a tutela da liberdade de expressão, ora afastando do legislador ordinário (maioria de ocasião) a apreciação da matéria e regulando o processamento adequado da participação popular¹¹⁰.

Na busca da compatibilização de tais facetas democráticas e não democráticas dos direitos fundamentais, Alexy busca conceituar os direitos fundamentais como valores importantes para todos os cidadãos, ao ponto de retirá-los da esfera de apreciação por parte da maioria parlamentar, por meio de concepção moral pública e não pessoal/particular (naturalmente impregnada

¹⁰⁸ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69: “[...] enquanto a política exibe o caráter democrático das relações e a dinamicidade do seu processo, o Direito exibe a rigidez da fórmula constitucional”.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais [Tradução: Virgílio Afonso da Silva]. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

de conflitos e antagonismos).

Destarte, essa reserva de matérias do poder legislativo (representante da maioria)¹¹¹, a efetivação dos direitos fundamentais¹¹² e o exercício da jurisdição constitucional¹¹³ representam atributos contramajoritários, que aliados ao crescente fenômeno da judicialização da política, revelam um risco de crise ao princípio democrático e da ausência de legitimidade das decisões judiciais.

Esses questionamentos de ordem política, doutrinária e ideológica, podem ser reduzidos ao argumento de que falta competência ao judiciário, composto por agentes públicos não eleitos para invalidar decisões de órgãos legitimados pelo voto popular e pela falta de controle democrático sobre os pronunciamentos judiciais¹¹⁴.

Estes limites e vínculos são impostos a tais poderes pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, os quais identificam aquela que podemos chamar de *esfera do indecível*: a esfera *daquilo que não pode ser decidível*, ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos de liberdade, os quais têm poder de tornar inválidas as decisões com eles contrastantes, e a esfera *daquilo que não pode não ser decidido*, ou que deve ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos sociais, os quais impõem como devidas as decisões destinadas a satisfazê-los¹¹⁵.

¹¹¹ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

¹¹² BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹¹³ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

[...] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [...] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 95.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana [Tradução: Alexander Araújo de Souza]. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

O magistrado ao buscar a efetividade dos direitos fundamentais, seja afastando a lei em afronta a Carta Magna, seja suprimindo a omissão de comando constitucional, deve apresentar argumentação suficiente e robusta para demonstrar que a ação/omissão do parlamento ofende a hipótese constitucionalmente protegida e com *status* de imprescindível à ordem estabelecida na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário¹¹⁶.

Em sua obra *The least dangerous branch*, Alexander M. Bickel procura identificar a dificuldade de justificar a atuação e controle exercido por uma instituição não democrática no seio de um Estado Democrático de Direito, no qual vigora a regra da maioria, apontando a possibilidade de convivência entre a democracia e o controle jurisdicional¹¹⁷.

Bickel mostra-se inovador porque defende as virtudes políticas da jurisdição constitucional e as insere numa teoria normativa da revisão judicial. *“Não se trata apenas de dizer que é inevitável a corte ser influenciada por fatores externos ao direito, mas de sustentar que é assim que deve ser, a depender de quais forem esses fatores”*¹¹⁸.

O autor ressalta que esse juízo político não é desarrazoado ou totalmente discricionário. Eles marcam o ponto em que o Tribunal dá às autoridades eleitorais sua cabeça e ele permanece fora da política, e não há nada paradoxal ao achar que aqui o Tribunal é mais um animal político. Mas isso não é para conceder discricionariedade não canalizada, não dirigida e inexplorada. Não é para conceder a decisão que procede de impulso, intuição, sentimento, predileção, inarticulável e não razoável. A antítese do princípio em uma instituição que representa decência e razão não é capricho, nem mesmo

¹¹⁶ RAWLS, John. O liberalismo político [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 286/288: “[...] a ideia de razão pública não significa que os juízes devam estar de acordo uns com os outros, mais do que os cidadãos em geral o estão, nos detalhes sobre o modo de cada qual entender a constituição. No entanto, devem interpretar, e devem parecer que interpretam, a mesma constituição à luz daquilo que vêem como as partes relevantes da concepção política e à luz daquilo que acreditam de boa-fé que pode ser defendido dessa forma. O papel do tribunal, enquanto intérprete judicial supremo da constituição, supõe que as concepções políticas dos juízes e sua visão dos elementos constitucionais essenciais situam a parte central das liberdades básicas mais ou menos no mesmo lugar. Nesses casos, pelo menos, suas decisões conseguem resolver as questões políticas mais fundamentais.”

¹¹⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 104/105.

¹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p.144.

conveniência, mas prudência¹¹⁹.

J.J. Gomes Canotilho afirma que a jurisdição constitucional trabalha com os princípios e regras constitucionais como um parâmetro de controle com fortes cambiantes políticas, que acaba, de forma mais ou menos explícita, por tornar o Tribunal Constitucional num “regulador político”, convertendo-se em “parte institucionalizada” de conformação do processo político através de atos em forma de atos jurisdicionais¹²⁰.

Essa atuação política apresenta duas dimensões apontadas por Bickel, a saber: a de princípio¹²¹ e a de conveniência e oportunidade¹²².

A primeira dimensão refere-se aos valores que devem regular as relações sociais, entre elas as relações políticas, revelando um valor moral rígido que não faz concessões e que dão coerência e unidade à comunidade política¹²³.

O segundo aspecto, a conveniência e oportunidade, é o que Bickel denomina de “virtudes passivas”, que conduziriam a um autocontrole judicial por meio de mecanismos de autorestrições, para que os órgãos da jurisdição constitucional, especialmente suas cortes constitucionais, possam acomodar os

¹¹⁹ BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. New Haven, Estados Unidos da América: Yale University Press, 1986, p. 132/133.

¹²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1305.

¹²¹ Nenhuma sociedade boa pode ser sem princípios; e nenhuma sociedade viável pode ser dominada por princípios. Mas não é verdade em nossa sociedade que geralmente somos governados inteiramente por princípio em alguns assuntos e concedemos uma regra de conveniência exclusivamente em outros. Não existe uma linha divisória tão limpa. Há exceções, algumas das quais são delineadas, como veremos, pela chamada doutrina das questões políticas. Ambos os requisitos existem mais imperativamente lado a lado: princípio orientador e compromisso expedito. O papel do princípio, quando não pode ser a regra governante imutável, é afetar a tendência da experiência política. E é um papel potente (BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. New Haven, Estados Unidos da América: Yale University Press, 1986, p. 64).

¹²² A conveniência exige que os juízes sejam então desculpados por razões de articulação, mas não pela razão, se for caso disso. Os dispositivos passivos não produzem decisões constitucionais. Eles não conferem ou legitimam o princípio. Eles não são eles próprios princípios, eles não operam de forma independente, e as variáveis que os tornam decisivos não podem ser contidas em nenhum princípio; [...] Mas os dispositivos passivos têm significado intrínseco e racional. A autoridade da Corte para empregá-los é derivada de sua função final de renderizar julgamentos de princípios; pois esta é uma função que pode ser exercida com sabedoria e frutificação somente se a Corte estiver habilitada também a decidir se e quando a exercer. A presença no caso da questão final do princípio constitucional é a fonte da autoridade do Tribunal de tomar uma decisão menor, por meio de imprecisão, delegação e outros (BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. New Haven, Estados Unidos da América: Yale University Press, 1986, p. 205).

¹²³ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p.144/145.

princípios e valores de suas decisões à realidade social e evitar mudanças abruptas. Dentre tais mecanismos são apontados o controle da tempo do processo decisório o que permitiria que os juízes possam examinar de modo mais amplo todos os fatores sociais e culturais envolvidos no caso, ouvir as opiniões e argumentos dos outros poderes e da sociedade em geral, além de alcançar o momento em que a sociedade esteja preparada e madura para receber a decisão¹²⁴.

A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “*ramos políticos*” do estado moderno¹²⁵.

Diante dessas transformações do papel do judiciário e da própria democracia, que procura no juiz não só o jurista ou a figura do árbitro, mas também do conciliador, o apaziguador das relações sociais e até o animador de uma política pública¹²⁶, cabe delinear os pontos de contato entre a justiça e a política e a legitimidade no exercício da jurisdição constitucional.

Ao conjunto de razões críticas à essa atuação mais incisiva do judiciário, anote-se que diante do art. 5º, inciso XXXV¹²⁷, da Constituição Federal brasileira/1988 (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional), não é permitido ao magistrado deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida. Uma vez provocado, o judiciário terá que decidir (*non liquet*).

2.2 A legitimidade da jurisdição constitucional

É a Constituição que confere legitimação ao exercício de qualquer “poder”. No Estado Constitucional, não existe “poder” que, pelo menos, não seja “constituído” pela Constituição e por ela juridicamente vinculado¹²⁸.

Em sua obra *Ulisses liberto*, Jon Elster traz que as Constituições são dispositivos de pré-compromisso ou auto-restrição, criados pelos políticos para

¹²⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109/110.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 19.

¹²⁶ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia* [Tradução: Francisco Aragão]. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1996, p. 20.

¹²⁷ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

¹²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1440.

se proteger de suas próprias tendências previsíveis a tomar decisões pouco sábias¹²⁹.

Ressalte-se que a participação popular deve legitimar o texto constitucional, de acordo com o preâmbulo¹³⁰ da Constituição Federal, de 1988, promulgada pelo povo brasileiro, por intermédio de seus representantes, reunidos em Assembleia Geral Constituinte, com o intuito de instituir o paradigma Estado democrático brasileiro¹³¹.

Cabe, então, que o exercício do poder estatal, inclusive da função jurisdicional, deve respeitar a força normativa da Constituição e buscar nela seus limites e legitimidade de atuação.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso aponta que as críticas a forma de atuação da justiça constitucional são de natureza: a) políticas, já que os magistrados não são eleitos e, por isso, não deveriam sobrepor sua vontade à dos agentes escolhidos pelo povo; b) ideológicas, pois o judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites contra os processos democráticos majoritários; c) institucional, visto que a capacidade institucional do judiciário em tomar decisões para casos específicos e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais; e d) participativa, por reduzir a possibilidade de participação da sociedade como um todo, por excluir os que não têm acesso aos tribunais¹³².

O primeiro conjunto de argumentos contrários à legitimidade da jurisdição constitucional foca no fato de ela não ser exercida por órgão representativo da maioria da população¹³³.

¹²⁹ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições* [Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins]. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 119.

¹³⁰ Ver nota 88.

¹³¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 40.

¹³³ GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227/228: "A supremacia judicial viola a ideia de respeito igualitário, pois permite que uma minoria de juizes imponha suas próprias opiniões a toda população. Os defensores de uma concepção deliberativa da democracia creem nas virtudes epistêmicas da discussão pública e, por isso, a supremacia judicial não é aceitável, pois se fundamenta, implicitamente, nas virtudes intelectuais de alguns poucos ao invés de se apoiar nas capacidades epistêmicas de todos os cidadãos. Ademais, a supremacia judicial contradiz um requisito fundamental da teoria

A função exercida pela jurisdição constitucional pode chocar-se com a função normativa do legislativo e do executivo, visto que decisões de órgãos representativos do eleitorado poderão ser contrastadas e eliminadas pelo órgão sem o mesmo tipo de legitimidade originária. Assim, a objeção é a se criar um órgão não eleito democraticamente como tendo o poder de anular as decisões de órgãos democráticos¹³⁴.

Preocupação externada por Jon Elster em dois aspectos: a) quem deve guardar os guardiões? E quem deve indicá-los?¹³⁵

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes destacam a “defasagem” democrática da jurisdição, especialmente no que toca as questões de cidadania e promoção do bem-estar social¹³⁶.

A mesma posição é adotada por Daniel Sarmento ao criticar a atuação decisionista/ativista do judiciário:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgados. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico¹³⁷.

Na obra Teoria da justiça constitucional, André Ramos Tavares afirma a

democrática – o de que as questões públicas básicas devem sujeitar-se ao debate aberto e constante.”

¹³⁴ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 496.

¹³⁵ ELSTER, Jon. Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições [Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins]. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 179/180.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 135.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144.

necessidade de superação do argumento de que o princípio democrático restaria negado se existisse um “poder” que não fosse de alguma forma constituído pelo povo (consonância com a vontade majoritária), pois o caráter democrático ou não da jurisdição nem sempre está ligado à forma de eleição de seus membros. Tampouco os funcionários do Estado foram eleitos diretamente pelo povo, ou mesmo os ministros de Estado, ou secretários, e não se põe em dúvida, nesses casos citados, que esse órgãos exerçam, através dos atos de seus titulares, um poder democrático ou uma grande parcela de poder¹³⁸.

Conclui que a utilização, uma vez mais, do sufrágio universal direto (para composição subjetiva do Tribunal Constitucional) seria, provavelmente, o modo menos aconselhável de preservar a democracia¹³⁹.

Diante da “ausência de legitimidade direta” dos membros dos Tribunais Constitucionais, surge a questão da legitimidade indireta deles, visto que apesar de não serem eleitos, os magistrados que compõem os Tribunais Constitucionais, em regra, são indicados/aprovados por representantes eleitos do poder executivo e poder legislativo, o que sanaria o citado “déficit democrático”.

Tal forma de nomeação e composição dos membros, por meio de indicação do Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, é encontrada em nosso ordenamento jurídico (art. 101, CF/1988¹⁴⁰).

A jurisdição constitucional, mesmo que seus membros não apresentem responsabilidade política, encontra outras maneiras para buscar a responsividade democrática.

Destarte, a democracia não se satisfaz apenas com a legitimidade pela vontade popular ou da maioria. Há outras formas de legitimidade, em especial

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 494/495.

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 495.

¹⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

por meio da proteção de valores fundamentais¹⁴¹. Em outras palavras, a legitimidade democrática se assenta também no conteúdo dos atos dos órgãos estatais e na justiça das opções políticas.

Através do controle jurisdicional da constitucionalidade, promove-se a proteção dos direitos fundamentais, cujo conteúdo é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade¹⁴², legitimando ainda mais uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional¹⁴³.

A função essencial e mais característica que os tribunais desenvolvem na defesa dos direitos fundamentais é a de controle dos atos dos demais poderes estatais, extirpando do ordenamento jurídico quaisquer manifestações oficiais que afetem ilegitimidade as normas de direito fundamental. Tão fundamental se apresenta essa tarefa dos tribunais no interior dos Estados contemporâneos que o controle jurisdicional já inclusive designado como pedra angular da proteção dos direitos fundamentais¹⁴⁴.

A limitação da vontade da maioria ocasional está na base da estrutura constitucional, na medida em que a Constituição disciplina o exercício e os limites do poder político, ressaltando, então, a importância democrática do Tribunal Constitucional, compreendido como órgão garantidor do cumprimento da Lei Maior, corpo este que consigna a opção política da comunidade em seus múltiplos aspectos¹⁴⁵.

Outra linha de argumentação quanto à legitimação da jurisdição constitucional é encontrada no Poder Constituinte Originário, visto que fora uma opção da vontade soberana do povo representado em Assembleia Geral Constituinte.

Quando determinada Constituição atribui expressamente ao órgão da Justiça Constitucional a decisão final sobre sua interpretação, bem como a manutenção de sua supremacia, pode-se sustentar a legitimidade dos atos da Justiça Constitucional. Consoante esse argumento, é na Constituição que se dividem os poderes do Estado, o que só pode ser levado a efeito por um poder que lhes seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os “poderes” são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular, que é a aprovação de uma específica ordem

¹⁴¹ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Jurisdição constitucional política. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64/65.

¹⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378/379.

¹⁴³ TAVARES, André Ramos. Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

¹⁴⁴ ALMEIDA. Kellyne Laís Laburú Alencar de. O paradoxo dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2014, p. 176.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 501/502.

constitucional, e isso independentemente da estrutura final que se crie entre esses “poderes”. [...]

Poder-se-ia acrescentar que a Justiça que se aceita atualmente é aquela consubstanciada na Constituição, que deve ficar a salvo de maiorias eventuais. [...]

O Tribunal seria legítimo porque assim o desejou a vontade majoritária explicitada na Constituição, legitimidade reforçada na medida em que esse Tribunal atuará apenas a vontade, também majoritária, explicada na Constituição, contra as vontades inferiores que lhe contrariam¹⁴⁶.

A atividade jurisdicional constitucional extrai também sua legitimidade do exercício de sua função por meio de um procedimento participativo e da racionalidade e juridicidade de suas decisões fundamentadas.

O procedimento em contraditório, participativo e a efetividade de um provimento imparcial e fundamentado, previsto na Constituição e na lei é um dos sustentáculos da legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que representa as relações de complementariedade entre democracia e Estado de Direito¹⁴⁷.

Por conta desse viés, Antonie Garapon afirma que a jurisdição forneceu à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade e argumentação¹⁴⁸.

E é nessa linha de raciocínio que encontra-se o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº13.105, de 16 de março de 2016), que exige no magistrado atitude argumentativa na fundamentação de julgados e decisões¹⁴⁹.

¹⁴⁶ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 498/501.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. O paradoxo dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2014, p. 240.

¹⁴⁸ GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia [Tradução: Francisco Aragão]. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1996, p. 42.

¹⁴⁹ BRASIL. Código de Processo Civil, 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015: “Art. 7º **É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais**, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...] Art. 9º **Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.** [...] Art. 10. **O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar**, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. [...] Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - **os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito**; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem**

Destarte, a efetividade dos direitos fundamentais e a promoção do Estado Democrático de Direito são causas e consequências do fortalecimento da democracia deliberativa na realidade processual atual.

Não existe democracia sem opinião pública, sem a formação de um público que pretenda ter o direito de ser informado das decisões que são tomadas em nome do interesse coletivo e de exprimir sobre elas sua própria crítica livre¹⁵⁰.

Ressalte-se que há na doutrina apontamentos para a falta de legitimidade constitucional por ausência de esclarecimentos quanto aos

explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. [...] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. [...] Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; **IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação**" (grifo posto).

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. Democracia e segredo [Tradução: Marco Aurélio Nogueira]. 1.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 41.

fundamentos de validade das decisões judiciais¹⁵¹.

No Estado Democrático de Direito, o direito processual dever ser reflexo dos direitos fundamentais, aplicado e interpretado conforme a Constituição, para densificar o direito de ação como um direito ao processo justo e, sobretudo, como um direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva dos direitos e alcançando os objetivos jurisdicionais¹⁵².

Mesmo que aparentem afronta ao princípio democrático, rejeitando a deliberação da maioria, as decisões judiciais retiram sua legitimidade da discussão racional travada por meio do processo judicial, concebido através de um procedimento participativo e em contraditório, que conclua com uma decisão fundamentada capaz de efetivar a tutela dos direitos fundamentais previstos a espécie. Não visam substituir os demais Poderes no exercício de suas funções típicas, pois sua atuação está calcada e limitada pela Constituição Federal/1988.

O conteúdo dos documentos constitucionais modernos consiste em promover a limitação jurídica do poder do Estado e assegurar politicamente os direitos subjetivos de liberdade e intervenção dos cidadãos em relação ao poder do Estado, de sorte que os direitos fundamentais do indivíduo sejam protegidos em virtude da estrutura fundamental da organização do Estado. Isso implica uma incompreensão radical e perigosa do Estado de direito constitucional considerando a divisão de poderes e os direitos fundamentais como duas instituições independentes umas das outras¹⁵³.

A jurisdição constitucional é, originária e legitimamente, dotada de especial competência para preservar a unidade e a supremacia da Constituição, efetivando os direitos, garantias e deveres fundamentais, além de se tornar o foro legítimo para a mediação e solução dos conflitos entre as instituições do Estado. Em poucas palavras, a função jurisdicional foi

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 65/70.

¹⁵² WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimidade democrática do poder judiciário no novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 85.

¹⁵³ HELLER, Hermann. Teoría del estado [Tradução: Luis Tobio]. México, ME: Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 293.

substancial e formalmente ampliada¹⁵⁴.

No mundo contemporâneo, não se pode falar em justiça se não se tiver um olhar sobre a democracia no Estado de Direito. A complexidade dos valores e o conflito de interesses na sociedade exigem uma reflexão no projeto democrático. Numa reflexão discursiva, o Estado Democrático de Direito é produto da tensão entre validade e facticidade do direito.

A validade está baseada na racionalidade dos esquemas jurídicos, na medida em que o direito válido é o constante em argumentos e razões amplamente aceitos como razoáveis pela comunidade em geral, pois o Estado (Democrático) de Direito busca não só abraçar os interesses de toda a coletividade, como também representar os interesses de todos os cidadãos, excluindo interesses setoriais e dominantes¹⁵⁵.

E esse movimento é nitidamente perceptível no Novo Código de Processo Civil/2015, que logo em seu art. 1º consagra a constitucionalização do processo¹⁵⁶.

Assim, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional somente será demonstrada na medida em que se complemente a exigência de respeito ao procedimento (justificação formal) com a exigência de argumentação racional que suporte o conteúdo da decisão alcançada (justificação material)¹⁵⁷.

2.3 Breves noções de teorias filosóficas constitucionais

Como já apontado na nota 70 do supra, Luís Roberto Barroso foi muito feliz em dizer:

A verdade é que o mundo do poder e o mundo do direito tornaram-se indissociáveis. A interface entre eles tem como peça essencial a Constituição, que é o marco de uma fronteira tênue e movediça: a que procura separar os domínios da política e do Direito, da vontade e da razão, da legislação e da jurisdição constitucional¹⁵⁸.

Esse debate político-constitucional transpassa pela distinção entre as correntes substancialistas e procedimentalistas, na qual os primeiros buscam um papel mais proeminente da Constituição e dos valores encartados nela,

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Márcio Luís de. A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 142/143.

¹⁵⁵ MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos humanos e democracia inclusiva. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

¹⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil, 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015: “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹⁵⁷ ALMEIDA. Kellyne Laís Laburú Alencar de. O paradoxo dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2014, p. 244.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

explícita ou implicitamente; e os segundos, uma jurisdição mais contida e adequada ao processo político deliberativo.

John Hart Ely, em sua obra *Democracia e Desconfiança*, afirma que a teoria da constituição é acompanhada por uma forte dicotomia entre o “interpretacionismo” e o “não interpretacionismo”, que poderia ser reduzida em “positivismo” e “direito natural”, respectivamente¹⁵⁹.

Para o autor, o interpretacionismo seduz e cria uma falsa ilusão de vinculação da decisão jurisdicional ao texto expresso da Constituição, buscando extrair do texto e da história legislativa os significados das normas para a aplicação do direito, evitando intervir em situações não contempladas expressamente na Constituição¹⁶⁰.

A vantagem do interpretacionismo estaria, então, em evitar o debate constitucional sobre temas não previstos expressamente no texto. Nesse sentido, ele poderia gerar uma maior previsibilidade acerca do que a Suprema Corte estaria apta ou disposta a discutir.

[...] o problema do interpretacionismo está no fato de haver grande ambiguidade na linguagem da Constituição – o que se pode chamar de textura aberta de vários dispositivos constitucionais –, de maneira que o intérprete é convidado a preencher o texto com significados que deve buscar na história legislativa e no próprio sistema jurídico, o que acabaria por derrubar a pretensão de fidelidade ao texto constitucional almejada pelos interpretacionistas¹⁶¹.

Já a vertente não interpretacionista recorre a valores importantes ou fundamentais, muitas vezes não encontrados no texto constitucional, por meio dos quais as Cortes Constitucionais atuam e conferem conteúdo as disposições abertas da Constituição¹⁶².

Na definição jurisdicional desses valores e princípios sociais, seriam observados valores pessoais do próprio julgador, princípios de neutralidade, da

¹⁵⁹ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* [Tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 1: “Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não interpretacionismo’ – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento.”

¹⁶⁰ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* [Tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 1/9.

¹⁶¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115/116.

¹⁶² ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* [Tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 57/58.

razão comum, do direito natural, da tradição, dentre outros¹⁶³.

A crítica de Hart Ely aos não interpretacionistas é direta e objetiva:

O convite aos juízes parece claro: buscar valores constitucionais – e anular as decisões dos outros dois poderes do Estado – baseando-se nos escritos dos bons filósofos morais contemporâneos, particularmente Rawls¹⁶⁴.

Para Hart Ely, a jurisdição constitucional não pode imiscuir-se nas escolhas democráticas, nas grandes decisões do “povo”. Deve apenas garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias. Ao extrapolar essa função e adentrar no domínio dos juízos morais substantivos da democracia, os magistrados privariam o “povo” de governar a si mesmo e o infantiliza ao ter que se subordinar a uma elite que, supostamente, teria mais capacidade para fazer as escolhas por ele¹⁶⁵.

Hart Ely propõe uma atuação intermediária, chamada de “*participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review*”, em oposição à “*value-protecting approach*”. Defende um método não interpretacionista, mas que não exceda sua atuação de forma substantivista¹⁶⁶.

Nessa perspectiva, o direito de participação política e os direitos e liberdades instrumentais a esse direito condicionam a eficácia do princípio democrático e legitimam a atuação do Tribunal Constitucional, até mesmo contra maiorias eventuais, mas nos estritos termos assinalados, ou seja, para conferir proteção aos direitos de associação e participação política, incluindo a liberdade de expressão e publicação¹⁶⁷.

A consequência de tal teoria é visível e de fácil captação: a maioria das questões, ou pelo menos as mais relevantes, estaria fora do alcance do Tribunal Constitucional, que não encontraria legitimidade para analisá-las. Apenas no tocante aos direitos de participação política e correlatos é que o Tribunal contaria com legitimidade para atuar, na exata medida e que esses direitos representam pressupostos para que haja realmente democracia. A partir daí, presume-se que vale a vontade da maioria, exclusivamente¹⁶⁸.

¹⁶³ ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade [Tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 57/95.

¹⁶⁴ ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade [Tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 77.

¹⁶⁵ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182/183.

¹⁶⁶ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215/216.

¹⁶⁷ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 533.

¹⁶⁸ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 534.

Destarte, John Hart Ely propõe uma teoria de revisão judicial que garanta e promova os procedimentos democráticos participativos, sem adentrar em juízos morais, como é defendido por Ronald Dworkin.

Em sua formulação substancial, Dworkin parte de alguns pontos: a) a soberania da constituição, que limita o direito da maioria, quer quando existem regras constitucionais explícitas quer quando os comandos constitucionais se apresentam sob a forma de “*standards*” (conceitos vagos); b) a objetividade interpretativa com base no texto constitucional, no processo histórico, nos precedentes, nas regras de procedimento, nas normas de competência e em princípios da justiça, da liberdade e igualdade, dentre outros conceitos como (religião, liberdade de imprensa), sempre ancorados num *ethos social*; c) a mediação judicial concretizadora destes princípios jurídicos abertos¹⁶⁹.

O autor afirma que, por vezes, a decisão da maioria pode ferir os direitos individuais. Daí que por meio dos direitos fundamentais é possível conter esses casos de ofensa, implementar não só a participação formal do povo nas decisões políticas, mas promover a participação igual e a proteção dos direitos dos cidadãos¹⁷⁰.

O cerne de uma pretensão de direito [...] é que um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral¹⁷¹.

Para Dworkin, o Direito só pode ser conhecido por um processo interpretativo que envolve o trabalho não apenas com regras, mas também com princípios e diretrizes políticas (*principles and policies*), moralidade, entre outras coisas que, somadas, compõem o material jurídico e exige a definição de qual órgão terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los.

A partir de Dworkin, podemos afirmar que uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. Ou seja, a ideia de princípio em Dworkin não é materializável a priori em um texto ou enunciado emanado de um precedente, lei, ou mesmo da Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade

¹⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio [Tradução: Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 293/294.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério [Tradução: Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 230.

referencial dos significados destes instrumentos jurídicos¹⁷².

No ordenamento jurídico pátrio, cabe ao judiciário o exercício de tal missão, diante de um quadro que combina modelos de controle de constitucionalidade difuso/incidental e concentrado/por ação, no qual o Supremo Tribunal Federal ocupa o ápice da estrutura e exercer o papel de Corte Constitucional e guardião da Constituição Federal¹⁷³.

Esse novo e importante papel e os efeitos que suas decisões podem causar não devem eximir o Supremo Tribunal Federal, de respeitar os limites constitucionais formais e materiais de sua própria atividade¹⁷⁴.

¹⁷² ABBOUD, George. Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 131.

¹⁷³ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”

¹⁷⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 519: “Esses parâmetros apontam, igualmente, para a necessidade de respeitar o espaço de cada um dos demais ‘poderes’. Não pode o Tribunal Constitucional reduzir drasticamente esse espaço, o que equivaleria a uma usurpação ilegítima. Um mínimo encontra-se traçado constitucionalmente.”

Capítulo 3. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação conforme à Constituição

“Se queres dizer algo sobre um texto, antes debes deixar que o texto te diga algo”

(GADAMER, Hans-Georg apud STRECK, Lenio Luiz. **Mut(il)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição.** In LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (coord). Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 221).

3.1 O Supremo Tribunal Federal e o sistema de controle de constitucionalidade das normas

A realização valores e comandos prescritos na Constituição exige a construção ou reconstrução do significado da norma jurídica no contexto da realidade e em seu condicionamento recíproco¹⁷⁵.

A Constituição é expressão da relação de poder, física e psíquica. Como conexão social de ação, a Constituição é apresentada como objeto do método das ciências do real¹⁷⁶.

Essa necessidade de atribuição dos sentidos aos comandos legais significa que a norma jurídica (constitucional ou infraconstitucional) precisa ser compreendida, pensada e conformada com os ditames da Constituição por meio da interpretação de seus sentidos.

Desde que há ser humano, há interpretação. Esta é, de certo modo, etapa primordial no processo de identificação ôntica do ser humano. Não há razão sem capacidade de interpretar. E não há comprovação possível para a existência da capacidade de interpretar sem o ato de interpretar. Logo, não há razão sem interpretação, ou, noutros termos, é impossível a identidade humana sem interpretação, pois o ser humano só se apercebe de si interpretando. É por intermédio da interpretação do outro e de si próprio que o ser humano se apercebe de sua realidade mesma. A interpretação é, portanto, necessária ao homem¹⁷⁷.

Ressalte-se que não se deve perder de vista que a tarefa de

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991, p. 9/10.

¹⁷⁶ HELLER, Hermann. Teoría del estado [Tradução: Luis Tobio]. México, ME: Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 281.

¹⁷⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 147.

interpretação jurídica apresenta dificuldades e grande carga de incerteza¹⁷⁸.

Interpretar um texto normativo é escolher uma entre várias interpretações possíveis, observando aquela tida como a mais adequada, pois a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação¹⁷⁹.

O final do capítulo anterior demonstrou que o exercício da jurisdição constitucional é aspecto essencial e legitimador de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, resolvendo os conflitos, controlando o exercício do poder e produzindo consenso social¹⁸⁰.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição¹⁸¹.

E aqui cabe perquirir os meios e formas de atuação jurisdicional na tarefa de interpretar e aplicar a “vontade da Constituição”¹⁸² no processo de fiscalização da conformidade ou desconformidade constitucional dos atos

¹⁷⁸ REIS, Isaac. Entre o pesadelo e o nobre sonho: a hermenêutica da incerteza e a retórica da objetividade. In JUST, Gustavo; Reis, Isaac (org.). Teoria hermenêutica do direito: autores, tendências e problemas. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 157: “Essa incerteza pode ser desmembrada em três afirmações decorrentes: a) A interpretação é o lugar do conflito, um lugar onde há sempre várias respostas concorrentes e, muitas vezes, contraditórias. Isso se dá porque em cada resposta estão contidas expectativas, pré-compreensões, projetos de poder, proteção de interesses, gostos pessoais e predileções valorativas. b) A solução do conflito é da ordem do imprevisível. c) Não há, e parece longe de haver, consenso entre os juristas teóricos acerca da existência de um critério “racional”, objetivo e universalmente válido que permita criticar uma dada interpretação. Mesmo os teóricos que postulam a existência de tais critérios não conseguem chegar a um consenso sobre quais seriam eles.”

¹⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7.ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 65.

¹⁸⁰ SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 241.

¹⁸² HESSE, Konrad. A força normativa da constituição [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991, p. 22: “[...] aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.”

públicos¹⁸³.

A ciência do direito apresenta uma particularidade na tarefa de interpretação, qual seja: a conformidade do texto normativo interpretado com o texto de validade superior.

Todo texto jurídico será interpretado com base na pré-compreensão acerca do sentido de e da Constituição e nunca em partes.

Destarte, para que o intérprete possa compreender um texto normativo, necessariamente implica na existência de uma pré-compreensão acerca da totalidade do sistema jurídico-político-social, formulando seus juízos acerca do sentido do ordenamento e da validade da (in)efetividade constitucional.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 102¹⁸⁴, estabelece o rol de

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 965.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso

competências do Supremo Tribunal Federal, dentre as quais as relacionadas à jurisdição constitucional: a) em suas competências originárias, as ações de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental; b) quanto à competência recursal, o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

Vale registrar a competência do STF prevista no art. 36, inciso III¹⁸⁵, da Constituição/1988, para julgar representação do Procurador Geral da República para fins de intervenção federal da União nos Estados e Distrito Federal, nas hipóteses de desrespeito aos princípios constitucionais sensíveis, conforme comando do art. 34, inciso VII¹⁸⁶, da CF/1988 e regulada pela Lei Federal nº 12.562/2011.

No Brasil, o controle de constitucionalidade, com exceção da Constituição Imperial de 1824, sempre foi reconhecido nas Cartas Políticas, sendo de início e por influência norte-americana acolhido o controle difuso ou via de defesa, no qual qualquer órgão do poder judiciário poderia apreciar a inconstitucionalidade dos atos. Apenas com a EC nº 16/1965 à Constituição de 1946 inaugurou-se o controle por via de ação direta para declarar a inconstitucionalidade de lei em tese, tendo como legitimado para propor a ação o Procurador-Geral da República e competente para processá-la e julgá-la, o

extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.”

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

STF¹⁸⁷.

A Constituição Federal de 1988 contempla os dois sistemas de controle judiciário de constitucionalidade: o *difuso/concreto (via de defesa)* e o *concentrado/abstrato (via de ação)*.

A alegação de inconstitucionalidade por via de defesa (art. 97¹⁸⁸, CF/1988) surge incidentalmente numa relação processual deduzida em Juízo. Poderá ser alvo qualquer ato normativo estatal e será proferida decisão tanto por juízes monocráticos (1º grau) quanto por tribunais (2º grau ou extraordinário).

Ressalte-se aqui a garantia fundamental do cidadão prevista no artigo 5º, inciso XXXV¹⁸⁹, da CF/1988, de acesso ao judiciário para a proteção de seus direitos em face de lesão ou ameaça de lesão à direito.

A declaração de inconstitucionalidade de norma neste caso atinge apenas as partes litigantes do processo em que surgiu o incidente (*inter partes*), impedindo a sua aplicação no caso concreto. Em relação aos demais, ela (norma) continua produzindo efeitos e sendo plenamente válida, até a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, que atribuirá efeito erga omnes, nos termos do art. 52, inciso X¹⁹⁰, da Constituição.

Registre-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação nº 4335/AC¹⁹¹, que equiparou os efeitos da decisão no controle

¹⁸⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

¹⁸⁸ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

¹⁸⁹ Vide nota 134.

¹⁹⁰ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]".

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECLAMAÇÃO: Rcl 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 22/10/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000250195&base=baseAcordaos>>. Acesso em : 29 out. 2017: "Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante nº 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente."

difuso ao controle concentrado, bastante criticado pela doutrina¹⁹².

Nesse tipo de controle o Poder Judiciário não aprecia a constitucionalidade como pedido, mas apenas como causa de pedir, por isso não declara, em decisão, mas tão somente reconhece, no âmbito da fundamentação e afasta a legislação inconstitucional, conseqüentemente, declarando, constituindo ou desconstituindo uma relação, ou, ainda, condenando a determinada obrigação ou julgando improcedentes tais pretensões no dispositivo¹⁹³.

São vantagens do controle difuso: a eficácia e rapidez da decisão no caso concreto; a possibilidade de o lesado por ato inconstitucional defender-se direta e imediatamente; a natureza “jurídica” e não “política” da questão constitucional. São desvantagens: a desarmonia dos julgados, com o conseqüente descrédito e a diluição do poder de controle pelas juízes e tribunais¹⁹⁴.

Para os objetivos da presente pesquisa, a atuação do Supremo Tribunal Federal dá-se por meio do recurso extraordinário, em face de decisão que contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da CF/1988¹⁹⁵.

O controle por via principal ou de ação tem por objeto decisão mais ampla, pois visa a invalidação, ou melhor, a retirada da lei inconstitucional em tese do sistema jurídico ou a declaração de constitucionalidade do ato normativo. Não há caso concreto a ser solucionado, e sim a averiguação da conformidade do ato ou norma com a ordem normativo-constitucional, cujos efeitos são extensíveis a todos (*erga omnes*).

A eficácia contra todos possibilita a qualquer interessado ou atingido arguir, no caso concreto, exceção de coisa julgada, impedindo novo pronunciamento judicial sobre o questão, pois, no nosso ordenamento as decisões do controle de constitucionalidade vinculam todos os cidadãos, os órgãos da administração pública e do poder judiciário, cabendo a reclamação

¹⁹² Cf. STRECK, Lenio Luiz. Mut(il)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. In LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (coord). Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 209/225.

¹⁹³ SIMÃO. Calil. Elementos do sistema de controle de constitucionalidade. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

¹⁹⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 455.

¹⁹⁵ Vide nota 181.

constitucional para o Supremo Tribunal Federal no caso de desrespeito¹⁹⁶.

Diante de tais efeitos *erga omnes*, a legitimidade para as ações diretas é estabelecida com base no critério da representatividade, conforme art. 103¹⁹⁷, da CF/1988.

A doutrina aponta a economia processual, o aprofundamento do exame da constitucionalidade e a “maior autoridade” do órgão julgador único como pontos positivos no controle concentrado. E pontos negativos o perigo de exacerbação do poder do órgão julgador único e a subtração, na prática, da interpretação constitucional aos juízes e tribunais¹⁹⁸.

Em suas competências originárias, o Supremo Tribunal Federal atua por meio da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁹⁹.

O estudo de cada uma dessas ações ou formas de atuação do Supremo Tribunal Federal fugiria ao foco, objetivo e extensão da pesquisa, que tem por desiderato a técnica da interpretação conforme e o poder criativo da jurisdição constitucional nas decisões manipulativas aditivas.

3.2 A interpretação conforme à Constituição e a inconstitucionalidade por omissão

O controle de constitucionalidade consiste em verificar a compatibilidade do ato ou norma com o sistema jurídico mediante sua conformação com o texto constitucional e sua interpretação conforme a Constituição²⁰⁰.

Não se resume a atividade do magistrado, e reputamos sobre tudo e, sempre, aquela constitucional a verificação de constitucionalidade de normas, como sendo apenas um processo comparativo e mecânico

¹⁹⁶ SIMÃO, Calil. Elementos do sistema de controle de constitucionalidade. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹⁹⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 455.

¹⁹⁹ Vide nota 181.

²⁰⁰ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 282.

de procedimentos analógicos, senão sobretudo um processo maior, que engloba a construção de sentido do sistema normativo, posto que a interpretação do texto, pode redundar em mecanismos que ora podem vir a ter de restringir, conformar, alargar as bases do que o texto contém, mas sempre dentro de um limite claro do que o todo Constitucional recepciona aquele ordenamento²⁰¹.

Se da interpretação do ato normativo com a Constituição sobrevier harmonia e compatibilidade, caberá ao operador promover a aplicação e concretização da norma jurídica alcançada.

Ao contrário, havendo descompasso e incompatibilidade entre ato normativo e a Constituição, não restará outra alternativa: o reconhecimento de sua inconstitucionalidade e não aplicação da norma.

Tais situações contrárias à Constituição podem ocorrer tanto por meio da edição de atos ou normas inconstitucionais, como por omissões contrários aos comandos e espíritos constitucionais. Mas até para alcançar tais omissões inconstitucionais é necessária a interpretação conforme a Constituição.

Os tribunais, para proferirem decisões justas, tiveram de manifestar muita audácia; foi-lhes necessário libertarem-se de prescrições, ditadas pelo legislador, inadequadas às novas condições da sociedade²⁰².

Na busca desse desiderato, verifica-se que diversas Cortes Constitucionais estrangeiras, bem como o Supremo Tribunal Federal, buscam técnicas interpretativas e processuais que possam alcançar a efetivação de direitos e garantias fundamentais e aproveitar a lei ou ato normativo, encontrando significado compatível com a Constituição²⁰³.

As interpretações constitucionais tradicionais, cumpre dizer, limitam-se a levantar todas as possíveis interpretações que a norma sub exame comporta e a confrontá-las com a Constituição, através da utilização dos métodos histórico, científico, literal, sistemático e teleológico. Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma, de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. Desde o segundo pós-guerra ao que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação, permitindo assim um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. Procura-se buscar até mesmo naquelas normas, que à primeira vista só parecem comportar

²⁰¹ ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política: características, desafios, limites e problemática para os tribunais constitucionais do século XXI. In MIRANDA, Jorge. A constituição no limiar do século XXI. Lisboa, Portugal: AAFDL Editora, 2016, p. 334/335.

²⁰² DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo [Tradução: Hermínio A. Carvalho]. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 131.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393.

interpretações inconstitucionais – através da ingerência da Corte Suprema, alargando ou restringindo seu sentido -, uma interpretação que a coadune com a Carta Magna²⁰⁴.

Jorge Miranda conceitua a interpretação conforme a Constituição como muito mais do que uma regra de interpretação, mas como um procedimento ou regra própria de fiscalização da constitucionalidade, que se justifica em nome do princípio da economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos²⁰⁵.

Essa técnica deve atuar quando o texto legal apresenta vários sentidos, uns constitucionais e outros inconstitucionais, sendo que para resguardar a Constituição consagram-se os sentidos que sejam constitucionalmente legítimos²⁰⁶.

Vale registrar que não cabe a utilização da interpretação a Constituição quando o sentido da norma for unívoco, ou seja, dela se extraia uma única interpretação, seja no reconhecimento de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade²⁰⁷.

O ministro Luís Roberto Barroso leciona:

1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal²⁰⁸.

A aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição deve obedecer aos postulados da prevalência da constituição, que impõe que, dentre as várias possíveis interpretações, deve-se escolher a que não contrária o texto e programa da norma ou normas constitucionais; da conservação da

²⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 192.

²⁰⁵ MIRANDA, Jorge apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 194.

²⁰⁶ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 284.

²⁰⁷ SIMÃO. Calil. *Elementos do sistema de controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281/282.

norma, que somente deverá ser declarada inconstitucional se não for cabível interpretação em conformidade com a Constituição; e da exclusão da interpretação constitucional conforme à Constituição mas *contra legem*²⁰⁹.

Assim, a interpretação conforme a Constituição não pode concluir em sentido totalmente contrário à expressão literal do texto legal, com exceção para a hipótese de redução do texto, quando também deverá manter o encadeamento lógico da norma legal, sob pena de perda do sentido original da lei, bem como verificar se a interpretação se coaduna com o objetivo visado pelo legislador²¹⁰.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes aponta a presunção de constitucionalidade da lei como forma de justificativa da técnica da interpretação conforme, visto que deveria prevalecer a ideia de que o legislador não poderia ter pretendido votar uma lei inconstitucional²¹¹.

Prossegue o ministro afirmando que a eliminação ou fixação de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. *“Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto”*²¹².

Para Marcelo Figueiredo a interpretação conforme normalmente é um passo prévio à emissão de decisões manipulativas e de inconstitucionalidade simples, indicando que o preceito examinado é inconstitucional enquanto não estabelece, ou não prevê, ou omite, ou não inclui algo que deveria incluir para ser conforme a Constituição.

A disposição é conservada em sua totalidade, mas passa a significar também o sentido omitido (norma) que tornava ilegítima. Isto é, o Tribunal produz uma nova norma e a adiciona à disposição para convertê-la em constitucional, porque esse tipo de decisão tem sua causa numa omissão da lei²¹³.

²⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1226/1227.

²¹⁰ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394.

²¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 59.

Essa conduta negativa do poder público em não cumprir a exigência contida na Constituição configura uma inconstitucionalidade por omissão. Descumpre-se a Constituição não apenas de forma direta por ação, mas também por uma atitude negativa em não efetivar os preceitos do texto constitucional.

Em sua formulação clássica, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe um dever constitucional de atuação por parte do legislador.

A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma *exigência constitucional de acção*, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. [...] Há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta impõem²¹⁴.

Ressalta a doutrina atual que existe omissão legislativa não só quando faltarem em absoluto as medidas legislativas impostas pela Constituição, mas também quando tais medidas mostrarem-se incompletas, inadequadas ou inexecutáveis²¹⁵.

A omissão consiste agora não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes. Esta carência ou déficit de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico-constitucional quando, da falta de “melhorias” ou “correções”, resultam consequências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais²¹⁶.

Vale trazer a classificação das omissões legislativas em absolutas e relativas, visto que efeitos e conteúdos distintos podem várias de acordo com a natureza do silêncio.

As omissões podem ser classificadas como absolutas quando o legislador não produz, na totalidade ou em parte, um ato legislativo, a cuja omissão está obrigado constitucionalmente. As omissões relativas quando o legislador, ao editar norma, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para determinada categoria ou grupo, abstendo-se de aplicar o mesmo regime jurídico a outra categoria ou grupo em situação igual ou

²¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p.1033/1034.

²¹⁵ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 183.

²¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1035.

idêntica²¹⁷.

A doutrina aponta que as omissões relativas são caracterizadas pela violação do princípio da igualdade e pela presença de uma lacuna axiológica²¹⁸.

Visando sanar essas omissões inconstitucionais, o texto constitucional pátrio estabelece o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI²¹⁹, e regulamentado pela Lei Federal nº13.300/2016) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º,²²⁰ e regulamentado pelo capítulo II-A, da Lei Federal nº9.868/1999, acrescido pela Lei Federal nº12.063/2009), como instrumentos aptos a buscar providências para suprir a omissão ou até retificar o ato normativo incompleto, inclusive mediante a técnica da interpretação conforme à Constituição com o acréscimo ou alteração de conteúdo normativo.

Aqui surge questão importante que no entender de J.J. Gomes Canotilho a alteração do conteúdo da lei, através da interpretação, pode levar a usurpação de função, transformando os juízes em legisladores ativos²²¹.

Mais uma vez nos deparamos com a polêmica²²² da função criativa da

²¹⁷ XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 329/330.

²¹⁸ MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 194/195.

²¹⁹ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]”.

²²⁰ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

²²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1311.

²²² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 13: “O problema da “criatividade” da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juízes. Com a terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito.”

jurisdição constitucional, que não pode se contentar em exercer uma atividade de simples subsunção da Constituição e do direito, numa postura de legislador negativo, mas deve buscar adequar a interpretação e aplicação da norma aos direitos fundamentais, aos princípios fixados na Constituição e na experiência e amadurecimento constitucional da sociedade.

Eugenio Bulygin afirma que os tribunais podem criar norma tanto individuais como gerais em situações excepcionais, como de lacunas ou contradições normativas e também em casos de lacunas axiológicas²²³.

Concluindo, o autor, que as regras gerais pelas quais os juízes justificam suas decisões em caso de lacuna regulatória não forçam os outros juízes, em princípio. Mas uma norma geral “criada” por um juiz em um determinado caso constitui um precedente. Se outros juízes seguirem o caminho delineado, forma-se uma jurisprudência uniforme: a norma geral criada pelos juízes adquire o caráter de obrigatório²²⁴.

O juiz torna-se um coparticipante do processo de criação da norma ao completar o trabalho do legislador, revelando valorações de sentido e realizando escolhas²²⁵.

Começa hoje a torna-se natural uma espécie de novo papel atribuído ao juiz constitucional [...] em que juízes constitucionais chegam a assumir “funções sub-rogatórias de actos de vontade de outros órgãos”, que, embora varie a sua utilização de país para país, aquilo que as une é a transformação da jurisdição constitucional em “legislador positivo”, que não se contenta com a eliminação de uma disposição legislativa contrária à Constituição, mas cria, de uma maneira ou de outra, novas normas para a ordem jurídica²²⁶.

Sobre o tema da interpretação criativa da jurisdição também vaticinara Mauro Cappelletti:

Sublinharam essas escolas de pensamento [tradição justiniana e montesquiniana] a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal

²²³ BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? Isonomía, México, n. 18, p. 7-25, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2017, p. 24.

²²⁴ BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? Isonomía, México, n. 18, p. 7-25, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2017, p. 25.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 198.

²²⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2014, p. 460/461.

declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”²²⁷.

Uadi Lammêgo Bulos entende que a interpretação conforme permite aos tribunais veem-se livres do formalismo exacerbado, imposto pela estrutura normativa dos textos legais, em nome do princípio jurídico-funcional da autolimitação jurisdicional com a exclusão das opções interpretativas consideradas contrárias aos valores constitucionais e preenchimento das lacunas, corrigindo os vazios normativos inerentes à linguagem prescritiva do legislador²²⁸.

Já ministro Eros Roberto Grau entende que o intérprete não cria *ex nihilo* a norma, que é produto de reprodução e desnudamento por parte do intérprete do texto normativo e dos fatos. Qualquer intérprete está sempre atado aos dois fatores no “*desvencilhamento da norma de seu invólucro*”²²⁹.

Ainda que não seja o juiz, meramente, a boca que pronuncia as palavras da lei, sua função está contida nas lindes da legalidade (e da constitucionalidade)²³⁰.

Há o entendimento do caráter criativo da jurisdição constitucional na interpretação das normas ao construir uma resposta às demandas apresentadas, porém sente-se a necessidade de enquadrá-la nos limites

²²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 32/33.

²²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo apud SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 286.

²²⁹ GRAU, Eros Roberto. O novo velho tema da interpretação do direito. In Leite, George Salomão [et al.]. Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 24.

²³⁰ GRAU, Eros Roberto. O novo velho tema da interpretação do direito. In Leite, George Salomão [et al.]. Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 28.

substanciais conferidos pela Constituição, pautando-se pelo cumprimento do texto constitucional.

No dizer de Lenio Luiz Streck, “a Constituição autoriza/determina o amplo controle de constitucionalidade, [...] mas essa mesma Constituição não é uma ‘carta em branco’ para o exercício de voluntarismos interpretativos”²³¹.

A eficácia desses provimentos judiciais de constitucionalidade, tanto em apreciação em controle abstrato com efeito *erga omnes*, quanto em controle concreto com efeito limitado aos litigantes (*inter partes*), gera e potencializa características especialíssimas: a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar para o futuro; b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito decorrente pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa²³².

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5.ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

²³² ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 26.

Capítulo 4. A técnica das decisões manipulativas com efeitos aditivos e o Supremo Tribunal Federal

“O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui: o encontro entre lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”
(CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado** [Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1984, p. 11).

4.1 Eficácias e conteúdos das decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional.

No âmbito da jurisdição constitucional, as decisões em controles concentrado e difuso apresentam certa complexidade e variedade de conteúdo e eficácia, influenciados por circunstâncias fáticas e jurídicas da demanda e da própria decisão.

Por vezes, essas decisões não se restringem ao modelo binário inconstitucionalidade/constitucionalidade, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho²³³.

A rígida alternativa entre as decisões de acolhimento ou rejeição da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, por vezes, apresentava lacunas e ofensas aos postulados da segurança jurídica, proporcionalidade e igualdade.

Essas situações exigem um tratamento diferenciado, conforme se segue.

As decisões podem ser classificadas como simples ou extremas, quando representam uma opção objetiva e incondicional entre as duas alternativas: considerar ou não considerar a norma jurídica inconstitucional, conforme vislumbra-se violação ou não às regras e aos princípios constitucionais, acolhendo ou rejeitando o pedido de declaração de inconstitucionalidade²³⁴.

São decisões que reconhecem a absoluta inconstitucionalidade ou

²³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 957.

²³⁴ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 291/292.

constitucionalidade da norma, suprimindo de forma retroativa todos os seus efeitos.

As decisões emitidas pela jurisdição constitucional também podem ser anotadas como complexas, intermediárias ou manipulativas, quando determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento²³⁵.

Variantes de fato e de direito, no que toca a segurança jurídica, a razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, têm imposto a adoção de medidas ou condições às decisões no controle de constitucionalidade.

As decisões complexas, intermediárias ou manipulativas são técnicas que permitem evitar a declaração de inconstitucionalidade ou condicionar seus efeitos jurídicos para que as decisões só tenham lugar quando não puderem ser evitadas²³⁶.

A génese das sentenças manipulativas e o respectivo desenvolvimento tenham surgido de algum modo, como consequência do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos “efeitos colaterais” das suas decisões²³⁷.

Com origem na jurisprudência constitucional italiana, as decisões manipulativas também se apresentam nos ordenamentos espanhol e português²³⁸.

São espécies de decisões manipulativas: a) as decisões interpretativas; b) as decisões de inconstitucionalidade parcial; c) as decisões de mera declaração de inconstitucionalidade; d) as decisões apelativas; e) as decisões integrativas ou aditivas; e f) as decisões construtivas e substitutivas.

As decisões interpretativas são as que comportam a técnica da interpretação conforme a Constituição; para o caso de uma norma apresentar vários sentidos, opta-se pelo sentido que for mais compatível com a Constituição e afastam-se os demais sentidos inconstitucionais, como

²³⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 17.

²³⁶ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 294.

²³⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 24.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 397.

abordado no capítulo anterior.

As decisões de inconstitucionalidade parcial para as hipóteses em que se declara ou julga inconstitucional apenas uma parte do preceito questionado, pode ser horizontal ou quantitativa, quando abarca uma parte do texto legal (período ou frase) e vertical ou qualitativa, quando abarca certa dimensão ou segmento do seu conteúdo²³⁹.

Há proximidade entre a interpretação conforme e a decisão de inconstitucionalidade parcial.

Ambas se inserem no conceito de “decisões interpretativas” e pressupõem as duas a não aplicação do sentido inconstitucional de uma norma jurídica e a salvaguarda da sua parte constitucional saudável. Mas uma é o inverso da outra, sendo “duas faces da mesma moeda”. Na verdade, enquanto a interpretação em conformidade com a Constituição encerra uma decisão de rejeição, prevalecendo o sentido não inconstitucional de uma norma jurídica, a declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa contém uma decisão de acolhimento, prevalecendo a declaração da inconstitucionalidade de uma norma, enquanto interpretada em determinado sentido²⁴⁰.

Há as decisões de mera declaração de inconstitucionalidade em que se reconhece a inconstitucionalidade sem associar, de modo automático, os efeitos do afastamento da norma do ordenamento jurídico, que poderão ser fixados de modo prospectivo ou, até mesmo, não fixados²⁴¹.

Tais decisões têm sido adotadas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que declara a inconstitucionalidade da norma, sem atribuir o correspondente efeito de “nulidade”, quando entende que a declaração de “nulidade” traria situação menos constitucional do que a manutenção em vigor da norma tida como inconstitucional ou quando há várias possibilidades para que o legislador elimine a inconstitucionalidade²⁴².

Em nome da segurança jurídica, esse tipo de decisão mantém a norma inconstitucional em vigor até a edição de nova legislação adequada ou modula o momento em que a norma inconstitucional será afastada do ordenamento.

²³⁹ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 300.

²⁴⁰ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 303.

²⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 957.

²⁴² CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 308.

O Supremo Tribunal Federal utiliza essa modulação dos efeitos temporais da decisão nos termos do art. 27²⁴³, da Lei Federal nº9.868/1999, que possibilita a fixação da data a partir da qual serão produzidos os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade, mediante o cumprimento dos requisitos de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e por voto da maioria de dois terços dos membros do Tribunal.

As decisões apelativas ocorrem nas situações em que a norma ainda está em situação de constitucionalidade, mas a tender para a inconstitucionalidade se não forem tomadas medidas apropriadas, nas quais o Tribunal profere um apelo ao legislador no sentido de que este edite nova legislação e modifique tal situação²⁴⁴.

Estamos no domínio das chamadas “inconstitucionalidades deslizantes”, características daquelas situações em que é possível dizer que a norma está no trilho que leva à inconstitucionalidade e, por conseguinte, antever a futura inadequação da mesma aos ditames constitucionais, mas não se pode afirmar, naquela altura, que a norma é desconforme à Constituição, existindo uma espécie de “constitucionalidade provisória”²⁴⁵.

Exemplos dessa inconstitucionalidade progressiva no nosso ordenamento podem ser vistos no julgamento do Habeas Corpus nº70.514/RS²⁴⁶, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que o prazo em

²⁴³ BRASIL. Lei Federal nº9.868, 10 de novembro de 1999. Brasília: Senado Federal: 1999: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

²⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 958.

²⁴⁵ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 314.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70.514/RS. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ: 27/06/1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000116864&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado

dobro para a Defensoria Pública interpor recursos não está em desconformidade com a Constituição até que os Estados promovam a implantação e organização da Defensoria ao mesmo nível do Ministério Público e do Recurso Extraordinário nº 135.328/SP²⁴⁷, em que nossa Corte Constitucional manteve a legitimidade do Ministério Público para demandar pela reparação *ex delicto* quando o titular do direito lesionado não possuir condições financeiras para demandar e a Defensoria Pública do local não apresente estrutura suficiente.

No que toca as decisões aditivas e substitutivas, que afetam mais a pesquisa, elas serão analisadas no item que se segue.

4.2 Decisões manipulativas aditivas e substitutivas.

Em algumas situações, a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição atua como técnica estruturante e não propriamente interpretativa, permitindo que a jurisdição constitucional atue “corrigindo” o legislador e caracterizando uma atuação tipicamente legislativa, de cunho

pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. “Habeas Corpus” deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.”

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 135.328/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 20/04/2001. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000101465&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: LEGITIMIDADE - AÇÃO “EX DELICTO” - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.”

normativo²⁴⁸.

Por meio dessas espécies de decisões aditivas e substitutivas, o Tribunal Constitucional, no primeiro caso, alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que não prevê uma hipótese, contemplando uma exceção ou impondo uma condição a certas situações que deveria prever. Na espécie substitutiva, declara a inconstitucionalidade da norma na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra ou profere uma decisão que implica a substituição de disciplina jurídica contida no preceito julgado inconstitucional²⁴⁹.

O juiz constitucional assume um papel de “ajudante do poder legislativo”, agindo como reparador parlamentar, ainda que sem alterar o texto normativo; transforma o seu sentido, reduzindo-o ou introduzindo uma norma nova no sistema jurídico²⁵⁰.

Carlos Blanco de Moraes identifica os dois componentes da decisão aditiva: a) componente ablativa, que supõe a eliminação ou não aplicação, geralmente parcial, de uma norma jurídica, com fundamento em sua inconstitucionalidade e b) componente reconstrutiva ou adjuntiva, consistente na identificação de um critério jurídico de decisão criadora de condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição, procurando, direta ou indiretamente, corrigir para o futuro o vício causador da inconstitucionalidade declarada²⁵¹.

Assim, observa-se que a atuação aditiva do poder judiciário dispõe de competência de auto-integração do ordenamento jurídico, concretizando a Constituição, de forma que as lacunas e omissões sejam integradas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais²⁵², a partir de uma aplicação do princípio da igualdade e da proibição do *non liquet*²⁵³.

²⁴⁸ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 335.

²⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1019.

²⁵⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2014, p. 536.

²⁵¹ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 36/37.

²⁵² CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 322.

²⁵³ XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In

A ampliação dos poderes decisórios exige uma maior fundamentação e legitimação das ações do poder judiciário, inclusive como forma de realizar o Estado Democrático de Direito²⁵⁴.

São espécies de decisões manipulativas aditivas: a) as decisões aditivas em sentido estrito, que são divididas em decisões aditivas de garantia ou de prestação, decisões aditivas sem redução de texto ou com redução de texto e decisões aditivas de caráter corretivo ou de conteúdo integrativo; b) as decisões demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; c) as decisões substitutivas; e d) as decisões aditivas de princípio²⁵⁵.

São classificadas como decisões aditivas em sentido estrito as que julgam a inconstitucionalidade parcial de uma norma, mas também reparam imediatamente a omissão com a indicação da norma aplicável²⁵⁶. Aqui, o *“Tribunal reconstrói a norma, após levar a cabo a operação ablativa de eliminação do segmento normativo ideal violador do princípio da igualdade”*²⁵⁷.

A primeira de suas subespécies são as decisões aditivas de garantia e de prestação, nas quais a norma reconstruída pelo Tribunal Constitucional confere a determinados sujeitos ou situações excluídas direitos e prestações (direitos e garantias constitucionais ou direitos econômicos, sociais e culturais) que foram inconstitucionalmente negadas, corrigindo a violação ao princípio da igualdade²⁵⁸.

Um exemplo que ilustra bem a busca pela promoção da igualdade por meio de decisão aditiva foi a discussão quanto ao exercício do direito de greve por servidores públicos.

MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 377/378.

²⁵⁴ LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Desafios da jurisdição constitucional brasileira contemporânea. In Leite, George Salomão [et al.]. Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 157.

²⁵⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 38.

²⁵⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 45.

²⁵⁷ MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 244.

²⁵⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 48/50.

À luz do art. 37, inciso VII, da CF/1988, o servidor público poderá exercer o direito de greve, “*exercido nos termos e nos limites definidos em lei especial*”²⁵⁹.

Porém, tal dispositivo constitucional não fora regulamentado até hoje, o que causa ruído tanto ao servidor público que pretende exercer o direito de greve, como ao administrador público que não sabe como se portar diante dos movimentos paradedistas.

Destarte, por meio dos Mandados de Injunção n.ºs 670/ES, 708/DF²⁶⁰ e

²⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; [...]”.

²⁶⁰ Cf. pelos dois primeiros MI, visto que apresentam a mesma ementa: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES. Relator: Min. Maurício Correia. DJ: 31/08/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000086775&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ

27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes(em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao

legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus). 5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11). 5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004). 5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis. 5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores

712/PA²⁶¹, o STF, mediante interpretação conforme à Constituição, determinara

públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, *in fine*). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis."

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/ES. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 31/10/2008. Disponível em: <

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: "Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL.

INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 20 da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil."

nº7.783/1989, que regulamenta a greve no setor privado, acrescentando comandos diante da especialidade do serviço público, definindo que tal legislação será aplicada até o advento de lei específica que atenda o dispositivo constitucional e supra a omissão legislativa.

Constata-se interpretação que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma com o suprimento da lacuna legislativa com a aplicação de legislação existente e regulamentadora de situação semelhante (direito de greve na iniciativa privada)²⁶².

As decisões aditivas sem e com redução de texto caracterizam-se pela forma da operação ablativa.

A decisão com redução de texto pressupõe a eliminação de uma norma ou de um segmento normativo de caráter explícito, que proporciona a adjunção de situações não previstas.

Tem aqui certa similitude com as decisões demolitórias que serão vistas logo adiante.

Cita-se como decisão ilustrativa dessa espécie a questão da fixação do número de vereadores.

A redação original do art. 29²⁶³, da Constituição Federal/1988, trazia previsão de fixação do número de vereadores dos municípios com base proporcional à população do município, estabelecendo limites mínimos e máximos, que deveria ser definida por cada ente municipal em razão dos princípios do federalismo (no caso brasileiro, em duplo grau, por força do 1º, *caput*²⁶⁴, da CF/1988) e da auto-organização por meio de lei orgânica municipal

²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424.

²⁶³ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes; [...]”.

²⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...]”.

(art. 29, *caput*, suprarreferido).

A realidade mostrou que muitos municípios fixaram o número de vereadores no máximo permitido, não observando proporcionalidade com o *quantum* populacional.

Tal fato levou ao questionamento judicial por meio do controle concreto (Recurso Extraordinário²⁶⁵), perante o Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional essa fixação em desacordo à regra proporcional entre a população e o número de vagas na Câmara dos vereadores, interpretando do texto a necessidade de um escalonamento dentro das faixas estabelecidas na Constituição em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Entendeu a Suprema Corte por manter íntegros os mandatos dos vereadores eleitos em desacordo com tal proporcionalidade e levou o Tribunal

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000012981&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. **Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.** 5. **Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).** 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *extunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.”

Superior Eleitoral à fixação do número de vereadores de cada município para as futuras eleições, levando em conta a estrita proporcionalidade em cada faixa constitucional²⁶⁶.

A interpretação adotada modulou temporalmente os efeitos da decisão e promoveu a criação de critérios proporcionais entre as faixas estabelecidas pela Constituição Federal/1988.

Cabe registrar que o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº58/2009, que deu nova redação ao art. 29, inciso IV²⁶⁷, que

²⁶⁶ BRASIL. Resolução nº21.702/2004, 2 de abril de 2004. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral: 2004.

²⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes; e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes; f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes; g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes; h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes; i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes; j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes; k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes; l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes; m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes; n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes; o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes; p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes; q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes; r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes; s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes; t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes; v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de

regulamentou as faixas e limites de forma proporcional, adequando-as à interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo um diálogo entre as instituições.

As decisões aditivas sem redução, como o próprio nome diz, não trazem uma eliminação de segmento normativo explícito, mas de um segmento ideal da norma.

*A eficácia da sentença não se projeta desta forma sobre o texto de uma disposição, mas sim sobre seu conteúdo, nomeadamente sobre as normas que, por via interpretativa podem ser retiradas de um enunciado normativo*²⁶⁸ (observação posta pelo autor).

Por meio das decisões corretivas e integrativas a jurisdição constitucional busca a reconstrução de norma através da indicação de um comando normativo, transformando o sentido original do preceito inconstitucional de forma a compatibilizá-lo com a Constituição, colmatando uma lacuna técnica ocasionada, direta ou indiretamente, pelo efeito ablativo da decisão²⁶⁹.

Tais efeitos foram alcançados com as ADPF 132/RJ e da ADI 142/DF²⁷⁰,

mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; [...]”.

²⁶⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 51.

²⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 56/57.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 132/RJ. Relator: Min. Carlos Britto. DJ: 14/10/2011. Disponível

em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000180731&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem

de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento

nas quais foi questionada a constitucionalidade do art. 1.723²⁷¹, do Código Civil/2002, que reconhecia como “entidade familiar a união estável entre homem e mulher”, excluindo da proteção jurídica as uniões de pessoas do mesmo sexo.

A importância do tema fora ressaltada na demanda, observando que:

[...] Tais parcerias existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude de insegurança. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor.²⁷²

A ação se baseou em dois pares de argumentos. Os argumentos filosóficos foram: a) que a homossexualidade é um fato da vida; e b) no reconhecimento do Estado e do Direito, numa sociedade democrática, em assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos.

Os dois argumentos jurídicos foram: a) que um conjunto de princípios constitucionais (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica) impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero; b) ainda que não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia.

Durante anos os congressistas – com receio de perda de votos – deixaram de debater o assunto, ou seja, restou ao poder judiciário

da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

²⁷¹ BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 424.

suprir esta lacuna e garantir direitos fundamentais dos homossexuais²⁷³.

A decisão alcançada pelo Supremo Tribunal, utilizando a técnica da interpretação conforme à Constituição e com base nos princípios da igualdade, liberdade, dignidade humana e segurança jurídica, exclui qualquer significado que não reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com a ampliação da proteção legal do citado artigo 1.723, do CC/2002, para tais hipóteses.

Outro exemplo de decisão aditiva sem redução do texto pode ser apontado nas respostas as consultas formuladas n.ºs 1.398/2007²⁷⁴ e 1.407/2007²⁷⁵, nas quais o Tribunal Superior Eleitoral definiu que candidato eleito nas eleições, tanto proporcional como majoritária, mantinha vínculo com a agremiação partidária pelo qual teria sido eleito e, na hipótese de deixar o partido político no decorrer do mandato, sem justificativa legítima, perderia o mesmo.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio dos Mandados de Segurança n.ºs 26.602/DF²⁷⁶, 26.603/DF²⁷⁷ e 26.604/DF²⁷⁸, que manteve o

²⁷³ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Ativismo judicial e teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência das decisões do judiciário. Curitiba: Juruá, 2015, p. 43.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Cta. 1398/DF. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. DJ: 08/05/2007. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT857299059§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa. CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA.”

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Cta. 1407/DF. Relator: Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. DJ: 28/12/2007. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT222792604§ionServer=TSE&docIndexString=11>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa. CONSULTA. MANDATO. CARGO MAJORITÁRIO. PARTIDO. RESPOSTA AFIRMATIVA.”

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602/DF. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. DJ: 17/10/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002479&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA

RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. **2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.** 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.”

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.603/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19/12/2008. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000086527&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE N° 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA N° 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica

incontrastável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. - A norma constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. - A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL". - O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República. - O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. - A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO. - A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). - O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). - A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema

eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições. HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO. - O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou "em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou" (Min. Cezar Peluso). A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO. - **O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90.** - Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE nº 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL. A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes. REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. - Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - **O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no**

processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental."

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.604/DF. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 03/10/2008. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000086887&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Mandado de segurança contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Vacância dos cargos de Deputado Federal dos litisconsortes passivos, Deputados Federais eleitos pelo partido Impetrante, e transferidos, por vontade própria, para outra agremiação no curso do mandato. 2. Preliminares de carência de interesse de agir, de legitimidade ativa do Impetrante e de ilegitimidade passiva do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB: rejeição. 3. Resposta do TSE a consulta eleitoral não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante. Mandado de segurança impetrado contra ato concreto praticado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, sem relação de dependência necessária com a resposta à Consulta n. 1.398 do TSE. 4. O Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da Constituição de 1988), estabelece, no inciso XII do art. 23, entre as competências privativas do Tribunal Superior Eleitoral - TSE "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político". A expressão "matéria eleitoral" garante ao TSE a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independente do instrumento normativo no qual esteja incluído. 5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela

entendimento do TSE (ao menos para os cargos proporcionais, ante o teor da decisão da ADI 5.081/DF²⁷⁹) e dispondo quanto à perda do mandato eletivo por desfiliação partidária não prevista no art. 17, §1º,²⁸⁰ da Lei Maior, que deixa a disciplina da fidelidade partidária aos respectivos estatutos dos partidos

ruptura da equação político-jurídica estabelecida. 6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional. 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovimento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido.”

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.081/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 19/08/2015. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000281304&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.”

²⁸⁰ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

políticos.

Tal desiderato foi alcançado diante da interpretação que promoveu extensão aditiva (nova hipótese de perda do mandato eletivo) do âmbito de incidência da norma²⁸¹.

As decisões demolitórias, também conhecidas como decisões de meros efeitos aditivos, são aquelas que sanam situações de inconstitucionalidade derivadas de violações do princípio da igualdade e distinguem-se das decisões aditivas em sentido estrito em razão de que a parte aditiva não é resultado de uma operação criativa do Tribunal, mas derivam do efeito ablativo da inconstitucionalidade, permitindo a ampliação da norma²⁸².

As substitutivas são aquelas decisões que corrigem a situação de inconstitucionalidade parcial da norma mediante a substituição do regramento inconstitucional por outro conforme a Constituição²⁸³.

Cotejando-se com as “decisões aditivas”, dir-se-á que nestas há a inserção de um elemento extensor do preceito original, alargando, sem alterar, o espírito do segmento normativo incompatível com a Constituição, ao passo que nas “decisões substitutivas” há uma modificação do pensamento legislativo, com a adição de um “novo preceito portador de um pensamento jurídico alternativo”²⁸⁴.

Exemplo de decisão substitutiva encontra-se na demanda presente na ação Pet 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal, julgando-a improcedente, manteve a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, explicitando dezenove pontos que deveriam ser observados, não apenas àquela hipótese, por quaisquer outras demarcações, editando e (aditando) norma geral²⁸⁵.

²⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

²⁸² MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 41/45.

²⁸³ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 71/73.

²⁸⁴ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 320.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/RR. Relator: Min. Carlos Britto. DJ: 25/09/2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000168444&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018: “Ementa: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Illegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais

que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhue qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatuta normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. 8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda.

Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Onde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Onde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, o caráter aditivo/substitutivo da decisão demonstra a nítida extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhe são constitucionalmente garantidas²⁸⁶.

A interpretação em conformidade a Constituição levou o Supremo

usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão."

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399.

Tribunal Federal a edição de critérios e requisitos para a realização de demarcações de reservas indígenas, estabelecendo normas por memorizadas que mais parecem advindas de instrução normativa.

As chamadas decisões aditivas de princípio são aquelas em que o Tribunal Constitucional, perante vazios normativos susceptíveis de serem reparados por várias soluções normativas conformes a Constituição, se abstém de repará-los diretamente, limitando-se a enunciar um ou vários princípios constitucionais que deverão ser respeitados pelo legislador quando do suprimento da omissão²⁸⁷.

A componente reconstrutiva da sentença é incompleta: não indica uma norma *self executing*, mas enuncia, ao invés, uma simples base ou princípio que carece de mediação do legislador ou do aplicador judicial²⁸⁸.

Há uma proximidade dessas decisões com as decisões manipulativas apelativas, mas falta um comando de “ameaça” em seu dispositivo, como característica da autocontenção jurisdicional.

Carlos Blanco de Moraes faz uma sinopse da aplicação das decisões manipulativas aditivas por alguns ordenamentos jurídicos²⁸⁹.

Inicia pela Itália, tida como berço da jurisprudência manipulativa, apontando que diante da falta de previsão normativo constitucional, o Tribunal Constitucional italiano destaca-se pelo conjunto de modalidades e técnicas aditivas para a reparação de omissões de carácter relativo, especialmente na promoção do princípio da igualdade.

O Tribunal Constitucional alemão busca controlar a utilização abusiva das decisões com efeitos aditivos, mas não se furta na utilização da técnica nas situações integrativas de lacunas e omissões, especialmente quando a revelação dessas regras implica uma escolha discricionária.

O autor aponta que os magistrados alemães, por vezes, fazem uso de

²⁸⁷ MONTELOBO, Sofia. A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 247/248.

²⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 70.

²⁸⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 28/37.

“medidas de necessidade” com caráter provisório, que substituem as normas julgadas inconstitucionais por um período de seis meses, que pode ser renovado pelo voto de dois terços dos votos, enquanto aguardam a nova regulamentação pelo legislador.

O sistema austríaco prefere a edição de decisão apelativa, estabelecendo o prazo de dezoito meses para que a eliminação da norma inconstitucional entre em vigor, igualmente, aguardando a atuação do poder legislativo.

O ordenamento jurídico português possui previsão constitucional para a manipulação temporal dos efeitos da decisão, mas atua de forma contida na utilização das demais técnicas aditivas.

Se vê uma moderação por parte do Tribunal Constitucional português que vem sendo pautado pela discrição de seus juízes em não se intrometerem em assuntos políticos do Estado lusitano, com exceção do período recente chamado de “jurisprudência da crise”²⁹⁰.

A pesquisa não defende a pura e simples importação dos institutos e técnicas manipulativas pela jurisdição constitucional pátria. Mas constata sua ocorrência e utilização hodierna pelo STF, bem como defende sua aplicação e estudo com as observações necessárias ao contexto histórico, social e político nacional.

Observa-se que a atuação do judiciário encontra amparo na Constituição e não há possibilidade de sua intervenção sem a previsão constitucional. A utilização das técnicas ora apontadas tem como desiderato a salvaguarda do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e os valores definidos na Carta Política.

Essas atitudes e técnicas ativistas do judiciário não representam uma substituição dos poderes legislativo e executivo em suas funções típicas, mas visam a correção das posturas (ação ou omissão) estatais, na busca do controle e equilíbrio do poder estatal.

Afirma-se: a jurisdição não tem a função de criação do direito. Tarefa confiada ao poder legislativo. Entretanto, tem o dever de intervir, corrigir e

²⁹⁰ ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política: características, desafios, limites e problemática para os tribunais constitucionais do século XXI. In MIRANDA, Jorge. A constituição no limiar do século XXI. Lisboa, Portugal: AAFDL Editora, 2016, p. 343.

prevenir ofensas a efetividade da Constituição e aos direitos fundamentais, conformando todo e qualquer ato normativo (inclusive omissões normativas) com os preceitos constitucionais.

A doutrina inclui algumas objeções a técnica manipulativa aditiva, como a insegurança jurídica derivada dos efeitos das decisões, as consequências das decisões sobre as finanças e orçamentos dos entes públicos, com a possibilidade de ampliação dos benefícios de determinada prestação, o favorecimento da “desresponsabilização” do legislador ordinário, a ausência de controle sobre as normas criadas pelos tribunais constitucionais, o perigo da politização da justiça, a petrificação das interpretações constitucionais²⁹¹, a violação da separação dos poderes e do princípio democrático²⁹².

Destarte, a modulação/manipulação dos efeitos das decisões de (in)constitucionalidade encontra legitimidade na Constituição, desde que exercida dentro dos limites e balizas dos direitos fundamentais, do Estado Democrático de Direito e da participação democrática.

Verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade²⁹³.

São balizas a atuação do intérprete criativo da Constituição o emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, a democratização da jurisdição constitucional, com a abertura de seu procedimento a participação efetiva dos atores sociais (*amici curiae* e audiências públicas) e a adoção de uma postura moderada e de respeito por

²⁹¹ CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016, p. 322.

²⁹² XAVIER, Taciana. A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 382.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 62.

parte do judiciário frente aos demais poderes²⁹⁴.

Como exemplo de limites que determinam a atuação do intérprete criativo da Constituição encontramos o devido processo legal²⁹⁵, a dignidade da pessoa humana²⁹⁶, o mínimo existencial²⁹⁷, a reserva do possível, a razoabilidade, entre outros.

O princípio do devido processo legal, que condensa o conjunto dos demais princípios processuais, estabelece os modelos procedimentais que vão concretizar a elaboração, a fiscalização e reconstrução normativa pela decisão jurisdicional.

O procedimento participativo e em contraditório e a efetividade de um provimento imparcial e fundamentado, previsto na Constituição e na lei, são um dos sustentáculos da legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que representa as relações de complementariedade entre democracia e Estado de Direito.

Em seu viés substantivo, o devido processo legal apresenta a dimensão do controle de constitucionalidade como um modo de fiscalização e reconstrução da norma conforme a constituição democraticamente promulgada e, em última análise, garante a legitimidade do direito.

Registre-se, ainda, questão do limite da aplicação da atividade aditiva em matéria penal, diante do princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso

²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 138/139.

²⁹⁵ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”.

²⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

²⁹⁷ Por aplicação interpretativa: BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]”. Cf. ONU. Declaração universal dos direitos humanos. 1948: “Art. XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. [...]”.

XXXIX, da CF/1988²⁹⁸.

Do princípio da legalidade subsumem quatro princípios fundamentais. O primeiro é o princípio da anterioridade ou irretroatividade da lei (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). O segundo é o princípio da reserva legal, através do qual proíbe-se a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege*). O terceiro é o princípio da proibição da analogia *in mala partem*, em que é defeso o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); e o quarto é o princípio da taxatividade, em que se proíbe incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)²⁹⁹.

O Supremo Tribunal Federal, assumindo essas novas técnicas decisórias, vem ampliando seus poderes político-normativos em detrimento de espaços dos outros atores estatais e revelando seu protagonismo institucional. O que não significa uma forma de usurpação ilegítima de funções pertencentes a outros poderes³⁰⁰.

Não se defende a ideia de intervenção do judiciário sem razão ou despropositada. Mas demonstrar que a atuação jurisdicional não deve ultrapassar os limites constitucionais e fáticos.

Em tempo, registre-se que pesquisas apontam para uma atuação contida por parte do Supremo Tribunal Federal (*self-restraint*), reforçando a vontade majoritária representada pelo Congresso Nacional, visto que 86,68% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Arguições de Preceitos Fundamentais são julgadas improcedentes, confirmando a constitucionalidade das leis e atos normativos³⁰¹.

A seguir serão apresentadas algumas decisões que evidenciam que o Supremo Tribunal Federal busca livrar-se do dogma do “legislador negativo”, assumindo uma atuação criativa na solução de vários entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, especialmente relacionados a

²⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal: 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]”.

²⁹⁹ SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009, p. 448/449.

³⁰⁰ LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Desafios da jurisdição constitucional brasileira contemporânea. In Leite, George Salomão [et al.]. Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 157.

³⁰¹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Ativismo judicial e teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência das decisões do judiciário. Curitiba: Juruá, 2015, p.35.

inconstitucionalidade por omissão³⁰².

³⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

CONCLUSÕES

As conclusões do presente trabalho foram apresentadas ao longo do texto, mas cabe buscar sintetizá-las neste espaço.

A dissertação não tem como desiderato encerrar o assunto da atuação criativa do poder judiciário, especialmente por meio das decisões manipulativas aditivas, mas sim promover e ampliar o debate e as discussões, levantando os argumentos favoráveis e contrários sobre um fato tão presente no cenário mundial e, particularmente destacado, no Brasil de hoje.

O conceito de democracia não pode ser restrito à técnica da vontade da maioria. A democracia, em seu viés substancial, exige mais!

Exige que o ordenamento jurídico corresponda aos anseios sociais, definidos por meio de consensos.

Exige a participação de todos os cidadãos nos processos decisórios do poder público; o respeito a liberdade e igualdade de cada um dos membros da sociedade; a tolerância com a pluralidade de ideias e a vontade da minoria. Mas, sobretudo, a garantia dos direitos fundamentais encartados na Constituição da República.

O aparente choque de atuação entre as funções legislativa e judiciária não deve ser visto como crise no sistema democrático, mas como forma de preservar o sistema de *checks and balances*, evitando a concentração e abuso de poder estatal por parte de quaisquer representantes.

Ao promover a tutela dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), retirando do ordenamento leis inconstitucionais, ou suprimindo lacunas legislativas, apesar do comando da Carta Magna, o poder judiciário tem poder/dever de apresentar em sua decisão os argumentos racionais necessários ao convencimento da sociedade.

Mesmo que aparentem afronta ao princípio democrático, rejeitando a deliberação da maioria, as decisões judiciais retiram sua legitimidade da discussão racional travada por meio do processo judicial, concebido através de um procedimento participativo e em contraditório, que conclua com uma decisão fundamentada capaz de efetivar a tutela dos direitos fundamentais previstos a espécie. Não visam substituir os demais Poderes no exercício de

suas funções típicas, pois sua atuação está calcada e limitada pela Constituição Federal/1988.

A atuação não ofende a Constituição ou a democracia, mas, ao contrário, reafirma seus valores.

Tais valores constitucionais tem o desiderato de possibilitar as respostas as variadas e crescentes demandas sociais e a efetividade da própria sociedade e da força normativa de suas disposições.

Destarte, a jurisdição atua para salvaguardar e restabelecer o equilíbrio do/no Estado Democrático de Direito, proporcionando a adoção de políticas públicas e intervindo para corrigir ou prevenir ofensas aos direitos fundamentais e aos postulados da democracia.

No exercício da guarda e da promoção da interpretação e aplicação da Constituição Federal/1988, a atividade jurisdicional extrapola a reprodução das regras editadas pelo legislador, incumbindo uma atividade criativa, complementando os preceitos legais genéricos e suprimindo as lacunas, observando sempre o conteúdo e efetividade dos direitos fundamentais para atingir o bem comum.

Não há como excluir da tarefa de interpretar e aplicar a norma certo grau de criatividade e normatividade ou, como preferem alguns, de discricionariedade.

Encontramos na Constituição os espaços e limites dessa atuação. Afinal, discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade. É ela que confere legitimação ao exercício de qualquer “poder” num Estado Democrático de Direito.

Os instrumentos atuados por meio do ativismo judicial tocam profundamente na possibilidade de ultrapassagem das linhas demarcatórias da atividade jurisdicional, descaracterizando a função típica do poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas aos demais poderes, especialmente da legislação.

Esse é o modelo democrático que vivemos, no qual o poder judiciário encontra sua fundamentação mediante um processo que apresente um procedimento aberto a participação em contraditório efetivo, com atos públicos

e decisões fundamentadas em argumentos convincentes e que apresente como desiderato a tutela dos direitos fundamentais.

Não visa substituir os demais poderes no exercício de suas funções típicas, pois sua atuação está calcada e limitada pela Constituição Federal/1988.

O procedimento participativo e em contraditório e a efetividade de um provimento imparcial e fundamentado, previsto na Constituição e na lei é um dos sustentáculos da legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que representa as relações de complementariedade entre democracia e Estado de Direito.

Diante disso, há um novo deslocamento do polo de tensão entre os poderes, do legislativo/executivo para o judiciário, enquanto guardião dos valores fundamentais e da própria Constituição, o que justificaria certo protagonismo da jurisdição constitucional, entendida como um complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas a fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes.

Essa atuação do poder judiciário, para a efetivação dos direitos fundamentais, exige a conjugação de dois aspectos que aparentemente configuram contradições e antinomias insuperáveis, quais sejam: a ideia de democracia e de superioridade constitucional.

Longe de serem conceitos antagônicos, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se completam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social.

O magistrado, ao buscar a efetividade dos direitos fundamentais, interpretando a norma jurídica conforme a Constituição, eliminando, fixando e por vezes modificando/manipulando os sentidos normativos originais do texto positivado pelo legislador, deve apresentar argumentação suficiente e robusta para demonstrar que a ação/omissão do parlamento ofende a hipótese constitucionalmente protegida e com status de imprescindível a ordem estabelecida na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário.

Através do controle jurisdicional da constitucionalidade, promove-se a

proteção dos direitos fundamentais, cujo conteúdo é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade, legitimando ainda mais uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional.

Diversas Cortes Constitucionais estrangeiras, bem como o Supremo Tribunal Federal, buscam técnicas interpretativas e processuais que possam alcançar a efetivação de direitos e garantias fundamentais e aproveitar a lei ou ato normativo, encontrando significado compatível com a Constituição.

A aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição deve obedecer aos postulados da prevalência da Constituição, que impõe que, dentre as várias possíveis interpretações, deve-se escolher a que não contraria o texto e o programa da norma ou normas constitucionais; da conservação da norma, que somente deverá ser declarada inconstitucional se não for cabível interpretação em conformidade com a Constituição; e da exclusão da interpretação constitucional conforme a Constituição, mas *contra legem*.

A jurisdição constitucional não pode se contentar em exercer uma atividade de simples subsunção da Constituição e do direito, em uma postura de legislador negativo, mas deve buscar adequar a interpretação e aplicação da norma aos direitos fundamentais, aos princípios fixados na Constituição e na experiência e amadurecimento constitucional da sociedade. Suas decisões em controles concentrado e difuso apresentam certa complexidade e variedade de conteúdo e eficácia, influenciados por circunstâncias fáticas e jurídicas da demanda e da própria decisão, que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento.

O que a doutrina nomeia de decisões complexas, intermediárias ou manipulativas, são técnicas que permitem evitar a declaração de inconstitucionalidade ou condicionar seus efeitos jurídicos, para que as decisões de inconstitucionalidade só tenham lugar quando não puderem ser evitadas.

Em algumas situações, a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição atua como técnica estruturante e não propriamente interpretativa, permitindo que a jurisdição constitucional atue “corrigindo” o legislador e caracterizando uma atuação tipicamente legislativa, de cunho normativo.

Por meio dessas espécies de decisões, o Tribunal Constitucional alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que não prevê, contemplando uma exceção ou impondo uma condição a certas situações que deveria prever e declara a inconstitucionalidade da norma na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra ou profere uma decisão que implica a substituição de disciplina jurídica contida no preceito julgado inconstitucional.

O juiz constitucional assume um papel de “colaborador do poder legislativo”, agindo como reparador parlamentar, ainda que sem alterar o texto normativo, transforma o seu sentido, reduzindo-o ou introduzindo uma norma nova no sistema jurídico.

Assim, observa-se que a atuação aditiva do poder judiciário dispõe de competência de auto-integração do ordenamento jurídico, concretizando a Constituição, de forma que as lacunas e omissões sejam integradas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, a partir de uma aplicação do princípio da igualdade e da proibição do *non liquet*.

O Supremo Tribunal Federal, assumindo essas novas técnicas decisórias, vem ampliando seus poderes político-normativos em detrimento de espaços dos outros atores estatais e revelando seu protagonismo institucional, buscando livrar-se do dogma do “legislador negativo”, assumindo uma atuação criativa na solução de vários entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, especialmente relacionados a inconstitucionalidade por omissão. O que não significa uma forma de usurpação ilegítima de funções pertencentes a outros poderes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George. **Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo**. In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

AIETA, Vânia Siciliano. **Tratado de direito político: democracia** – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALENCAR FILHO, José Geraldo. **Judicialização da política: características, desafios, limites e problemática para os tribunais constitucionais do século XXI**. In MIRANDA, Jorge. *A constituição no limiar do século XXI*. Lisboa, Portugal: AAFDL Editora, 2016.

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review and representation**. Oxford University Press, 2005. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/572.full.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016, 16:38:00.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais** [Tradução: Virgílio Afonso da Silva]. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Constitucionalismo discursivo** [Tradução: Luís Afonso Heck]. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha. **A fundamentação das decisões administrativas dos tribunais e o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015**. In LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (coord). *Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. **O paradoxo dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2014.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial e teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência das decisões do judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.

BARCELOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. Belo Horizonte: Fórum,

2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2.ed. New Haven, Estados Unidos da América: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo** [Tradução: Marco Aurélio Nogueira]. 1.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 08 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código de Processo Civil**, 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. **Lei Federal nº9.868**, 10 de novembro de 1999. Brasília: Senado Federal: 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.335/AC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 22/10/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000250195&base=baseAcordaos>>. Acesso em : 29 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 197.917/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000012981&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.602/DF**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. DJ: 17/10/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002479&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.603/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000086527&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.604/DF**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 03/10/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000086887&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI 712/ES**. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 31/10/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Cta. 1398/DF**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. DJ: 08/05/2007. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT857299059§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Cta. 1407/DF**. Relator: Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. DJ: 28/12/2007. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT222792604§ionServer=TSE&docIndexString=11>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.514/RS**. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ: 27/06/1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000116864&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 135.328/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 20/04/2001. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000101465&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BULYGIN, Eugenio. **Los jueces ¿crean derecho?** Isonomía, México, n. 18, p. 7-25, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores** [Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça** [Tradução: Ellen Gracie Northfleet]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **O poder normativo das agências reguladoras**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica** [Tese de doutorado]. Brasília: UNB, 2010.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça constitucional**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** [Tradução: Hermínio A. Carvalho]. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio** [Tradução: Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério** [Tradução: Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito** [Tradução: Jeferson Luiz Camargo]. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições** [Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins]. São Paulo: Editora UNESP,

2009.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade** [Tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana** [Tradução: Alexander Araujo de Souza]. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FUX, Luiz. **Novo código de processo civil temático**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2015.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia** [Tradução: Francisco Aragão]. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1996.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva no Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7.ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **O novo velho tema da interpretação do direito**. In Leite, George Salomão [et al.]. *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. I [Tradução: Flávio Beno Siebeneichler]. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HANS, Kelsen. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoría del estado** [Tradução: Luis Tobio]. México, ME: Fondo de Cultura Económica, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** [Tradução: Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Desafios da jurisdição constitucional brasileira contemporânea**. In Leite, George Salomão [et al.]. *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional**. In DIDIER Jr, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

MATTOS NETO, Antonio José de. **Direitos humanos e democracia inclusiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Tratado de direito constitucional*, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTELOBO, Sofia. **A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção**. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público*. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças com efeitos aditivos**. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*:

estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009.

NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade no processo civil contemporâneo: de acordo com o cpc/2015 e a lei 13.256, de 4.2.2016.** São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos.** 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017, 20:18:00.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça** [Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves]. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo político** [Tradução: Dinah de Abreu Azevedo]. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **The idea of an overlapping consensus.** Oxford University Press, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/764257>>. Acesso em: 09 abr. 2013, 19:29:00.

REIS, Isaac. **Entre o pesadelo e o nobre sonho: a hermenêutica da incerteza e a retórica da objetividade.** In JUST, Gustavo; Reis, Isaac (org.). Teoria hermenêutica do direito: autores, tendências e problemas. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

SÁ, Fátima. **Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas.** In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2014.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIMÃO. Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Magistratura e gestão judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5.ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Mut(il)ação constitucional: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição**. In LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson (coord). Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo,

Saraiva, 2005.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Tratado de direito constitucional, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimidade democrática do poder judiciário no novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

XAVIER, Taciana. **A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro**. In MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público. Lisboa, Portugal: Editora AAFDL, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.